

GÜNTER TERWEY

Ist die Aufhebung oder Beeinträchtigung
einer gemischt persönlichen
und dinglichen Gewerbeerlaubnis,
insbesondere einer
Verkehrsbetriebserlaubnis, eine Enteignung
im Sinne des Artikels 14 Absatz 3
des Grundgesetzes?

NORDHORN

1970

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Ist die Aufhebung oder Beeinträchtigung einer gemischt
persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis, insbeson-
dere einer Verkehrsbetriebserlaubnis, eine Enteignung
im Sinne des Artikels 14 Absatz 3 des Grundgesetzes?

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
in Münster

vorgelegt
von
Günter T e r w e y
aus Schüttorf



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Menger

Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung am 17. Mai 1969

Inhaltsübersicht

Seite

1

Abschnitt I

Der Eigentumsschutz für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen, insbesondere Verkehrsbetriebsgenehmigungen, nach Art. 14 Abs.1 GG

Einleitung: Aufgabe, Zweck und Methode der Untersuchung

2 Die Reichweite des Schutzes, den Art. 14 GG gewährt

5 Teil A: Überblick über den Schutz des Eigentums in den Verfassungen

5 I. Die Eigentumsgarantie in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts

6 II. Die Eigentumsgarantie nach Art. 153 der Weimarer Verfassung

6 1. Der Eigentumsschutz der subjektiven privaten Rechte

8 2. Die These Stödtters über den Eigentumsschutz des Art. 153 der Weimarer Verfassung

9 3. Der Eigentumsschutz der subjektiv öffentlichen Rechte

9 a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

11 b) Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes

12 c) Die Auffassungen im Schrifttum

13 d) Die Thesen E. R. Hubers

14 4. Die Kritik Stödtters an der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre und die Bedeutung seiner Thesen für den heutigen Streitstand

21 Teil B: Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 des Grundgesetzes

- Eigentumsschutz für subjektive öffentliche Rechte -

Seite

21	I. <u>Die Rechtsprechung</u>
21	1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
30	2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
35	3. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
37	II. <u>Die Auffassungen im Schrifttum</u>
37	1. Kein Schutz für subjektiv öffentliche Rechte durch Art. 14 GG
39	2. Schutz für alle subjektiven öffentlichen Rechte durch Art. 14 GG
40	3. Die differenzierende Lösung der herrschenden Lehre
58	III. <u>Die vermittelnde Lösung des Bundessozialgerichts</u>
63	IV. <u>Zusammenfassung und Kritik</u>
65	<u>Teil C: Eigentumsschutz für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen</u>
65	<u>Abschnitt I Eigentumsschutz für Gewerbe genehmigungen</u>
66	I. <u>Gegenteilige Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum über den Eigentumsschutz von Gewerbe genehmigungen</u>
68	II. <u>Kein Eigentumsschutz für Gewerbe genehmigungen nach der Rechtsprechung</u>
69	III. <u>Der Rechtscharakter der Gewerbe genehmigungen</u>
69	1. Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Rechtsbegriffe
70	2. Die Gewerbe erlaubnis - ein subjektives öffentliches Recht oder eine konkrete Befreiung von einem gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt?
71	a) Keine Unterscheidungsmöglichkeit auf Grund der gesetzlichen Terminologie
72	b) Begriffliche Definitionen durch Rechtsprechung und Schrifttum
74	c) Rechtscharakter der Gewerbe erlaubnis nach dem Schrifttum
76	3. <u>Ergebnis:</u> Die Gewerbe erlaubnis - kein enteignungsfähiges Recht im Sinne der Rechtsprechung

84	IV. <u>Argumente gegen die Einbeziehung der Gewerbeerlaubnis in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG und kritische Äußerungen dazu</u>
84	1. Die Gründe für die Besorgnis des Bundesverfassungs- gerichts
85	2. Die Auflösung des Enteignungs- und des Eigentumsbegriff
87	3. Blockierung der Gesetzgebung und der Verwaltung
89	V. <u>Die Argumente des Schrifttums für die Einbeziehung der Gewerbe genehmigungen in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG und die von ihm aufgestellten eigentumsbildenden Merkmale</u>
95	VI. <u>Zusammenfassung, Ergebnis und eigene Stellungnahme</u>
99	VII. <u>Die Gewerbeerlaubnis - Eigentum im Sinne des Art. 14 GG</u>
99	1. Die ausgeübte Gewerbeerlaubnis - ein vermögenswertes Recht
100	2. Weitere eigentumsbildende Merkmale
102	3. Abgrenzung zu Gewerbe genehmigungen, die nicht unter den Eigentumsschutz fallen
104	<u>Abschnitt II: Eigentumsschutz für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen</u>
104	I. <u>Begriff und Rechtscharakter der gemischt per- sönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis</u>
107	II. <u>Beispiele für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen</u>
108	III. <u>Ergebnis: Eigentumsschutz der gemischt persön- lichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis</u>
109	Teil D: <u>Eigentumsschutz für Verkehrsbetriebs- genehmigungen</u>
109	I. <u>Umfang der Genehmigungspflichtigkeit im Personen- beförderungs- und Güterkraftverkehrsrecht und Gesetzesüberblick dazu</u>
112	II. <u>Unterschiedlicher dinglicher Charakter der Verkehrsbetriebsgenehmigungen</u>

Seite	
113	III. <u>Der Rechtscharakter der Verkehrsbetriebsgenehmigungen und die Rechtsstellung des Genehmigungsinhabers</u>
116	1. Der rechtliche Gehalt der Verkehrsbetriebsgenehmigungen in der Rechtsprechung
119	2. <u>Der Rechtscharakter der Verkehrsbetriebsgenehmigungen nach den im Schrifttum vertretenen Auffassungen</u>
122	3. Die Verkehrsbetriebserlaubnis als subjektiv öffentliches Recht durch die besonderen, ihr eigenen Merkmale
122	a) Die Berücksichtigung nicht allein polizeilicher Hinderungsgründe bei der Erteilung der Genehmigungen
123	b) Die Erlaubnis im Beförderungsrecht als echte Konzession
126	c) Der gewerbliche Kraftverkehr als hoheitliche Aufgabe im Sinne der Daseinsvorsorge
128	d) Schutzfunktion der Gesetze im Beförderungsrecht durch zeitliche Begrenzung der Genehmigungen
129	e) Schutz des Genehmigungsinhabers durch beschränkte, ausschließlich gesetzlich geregelte Rücknahmemöglichkeiten
129	f) Schutz des Genehmigungsinhabers durch monopolartige Stellung
131	g) Übertragung besonderer Pflichten auf den Genehmigungsinhaber und staatliche Aufsicht
132	h) Übertragbarkeit der Genehmigungen
133	i) Gesetzliche Begriffsunterscheidungen der Verkehrsbetriebsgenehmigungen
135	4. <u>Ergebnis:</u> Die Verkehrsbetriebserlaubnis mit Ausnahme der Erlaubnis zum allgemeinen Güternahverkehr als subjektives öffentliches Recht
136	IV. <u>Die Verkehrsbetriebserlaubnis als vermögenswertes Recht</u>
138	V. <u>Die Verkehrsbetriebserlaubnis und ihre eigentumsbildenden Merkmale</u>

Seite	
139	1. Die vom Schrifttum aufgestellten eigentumsbildenden Merkmale
140	2. Die durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten eigentumsbildenden Merkmale
144	VI. <u>Ergebnis: Eigentumsschutz des Art. 14 GG für die Verkehrsbetriebserlaubnis</u>
144	Abschnitt II
	<u>Die Enteignung von gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen, insbesondere von Verkehrsgenehmigungen, durch Aufhebung und Beeinträchtigung</u>
144	Teil A:
	I. Begriff der Enteignung
144	1. Enteignung und Eigentumsbindung
146	2. Enteignung als Vorgang der Eigentumsbeschaffung und Enteignung als rechtstechnischer Begriff
151	3. Der enteignungsgleiche Eingriff
152	II. <u>Aufhebung oder Beeinträchtigung einer Gewerbeerlaubnis</u>
153	1. Begriff der Aufhebung und Beeinträchtigung einer Gewerbeerlaubnis
155	2. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
158	III. <u>Der Widerruf der Betriebserlaubnis</u>
159	1. Der Widerruf von Verwaltungsakten
164	2. Widerruf eines fehlerfreien Verwaltungsaktes auf Grund überwiegender öffentlicher Interessen
165	IV. <u>Die Beeinträchtigung der Betriebserlaubnis</u>
165	Teil B: <u>Aufhebung oder Widerruf und Beeinträchtigung der Verkehrsbetriebsgenehmigungen als Enteignung</u>
165	I. <u>Allgemeine Voraussetzungen der Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG</u>
166	II. <u>Kasuistik der Enteignungsmöglichkeiten von Verkehrsbetriebsgenehmigungen durch Aufhebung oder Widerruf</u>

Seite	
166	1. Entziehung der Genehmigung vor ihrer Ausübung
167	2. Einstellung eines genehmigungspflichtigen, nicht genehmigten Gewerbebetriebes und Widerruf eines erschlichenen Verwaltungsaktes
167	3. Aufhebung der Verkehrsbetriebserlaubnis aus gesetzlichen Gründen
169	4. Der auf Grund falscher Anwendung der Gesetze erfolgte rechtswidrige Widerruf
170	5. Der Widerruf einer Verkehrsbetriebserlaubnis ohne gesetzliche Grundlage
171a	6. Widerruf der Genehmigungen bei nachträglicher Änderung der Verhältnisse
176	7. Widerruf der Genehmigungen aus überwiegendem öffentlichen Interesse
178	8. Widerruf von Genehmigungen durch Erlaß neuer Gesetze
179	III. <u>Kasuistik der Enteignungsmöglichkeiten von Verkehrsbetriebsgenehmigungen durch Beeinträchtigung</u>
180	1. Die Beeinträchtigung durch Erteilung neuer Genehmigungen
182	2. Beeinträchtigung der Verkehrsbetriebsgenehmigungen durch den Erlaß neuer Gesetze
183	a) Verbot des Massengütertransports
185	b) Beeinträchtigung der Personenbeförderungsgenehmigungen durch gesetzliche Sondervorschriften
188	c) Beeinträchtigung der Genehmigung durch Längen- und Gewichtsbegrenzungen der Kraftfahrzeuge
190	d) Beeinträchtigung der Genehmigungen durch polizeiliche Maßnahmen gegen den Unternehmer
191	IV. <u>Aufhebung und Beeinträchtigung der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis allgemein</u>
192	Teil C: <u>Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung</u>

Literaturverzeichnis

- Anschütz: Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1932
- Berndt: Allgemeines Verwaltungsrecht mit einem Abriß der neuen deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechtsgeschichte, Freiburg 1956
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, herausgegeben von Abraham, Bühler u. a., Hamburg, 1950 (zitiert Bonner Kommentar)
- Bühler: Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts, Festschrift für Fritz Fleiner, 1927, Tübingen
- Cöster: Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927
- Dietrich: Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, Der Personenverkehr 1956/48
- Dürig: Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, Juristenzeitung 1954/4
- Dürig: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 81 (42. Bd. N. F.)/141
- Dürig: Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, München und Berlin 1958/13 ff.
- Dürig: Anmerkung zum Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. 3. 1957, Juristenzeitung 1958/22 ff.
- Eger: Das Gesetz über Kleinbahnen vom 28. Juli 1892, Kommentar, 1913
- Flögel: Gaststättengesetz, Kommentar, Berlin 1931
- Forsthoff: Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, Neue Juristische Wochenschrift 1955/1249 ff.
- Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 1961
- Fuhr: Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattausgabe, 1960
- Giese: Allgemeines Verwaltungsrecht, Tübingen 1952
- Giese: Enteignung ohne Ende, Deutsche Richterzeitung 1953/61 ff.

- Gleim: Das Gesetz über Kleinbahnen vom 28. Juli 1892, Kommentar, 1907
- Greif: Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, München und Berlin, 1961
- Haas: System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichtigen, 1955, Karlsruhe
- Haas: Wiederum: Eigentum und Enteignung, Monatschrift für Deutsches Recht 1952/648 ff.
- Hamann: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1957, Berlin
- Hamann: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Bd. 1, 1953, Berlin
- Hauelsen: Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, Neue Juristische Wochenschrift 1955/1457 ff.
- Hein-Eichhoff-Pukall-Krien: Güterkraftverkehrsgesetz, Lose-Blatt-Kommentar, n. d. gegenwärtigen Stand, 1. und 2. Auflage, Berlin 1953
- Held: Die Rechtslage des Privatunternehmers im Omnibusverkehr, Ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Kiel 1954
- E. R. Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, Stuttgart 1953
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, Stuttgart 1954
- E. R. Huber: Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verf., Tübingen 1927
- Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht, Hamburg 1932, Seite 172 ff.
- Ipsen: Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, 1954
- Ipsen: Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Juli 1953, Juristenzeitung 1953/663
- Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Auflage
- Knoll: Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechts, Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1. Halbband, Tübingen 1955, Seite 86 ff.
- Landmann-Giers-Proksch: Allgemeines Verwaltungsrecht, Düsseldorf 1957
- Landmann-Rohmer: Gewerbeordnung, Kommentar, Bd. 1, München 1952 und 1956

- Menger: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv Bd. 48 (Jahrgang 1957), Seite 176 ff. und Bd. 49 (Jahrgang 1958) Seite 186 ff.
- von Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Berlin 1957
- Michel: Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930, Köln 1952
- Mosler: Wirtschaftskonzessionen bei Änderung der Staatshoheit, Stuttgart 1948
- Fritz Müller: Straßenverkehrsrecht, Großkommentar für die Praxis, Berlin 1957
- Oppelt: Das Personenbeförderungsgesetz, Erläuterungen, Bielefeld 1954
- Peters: Verwaltungsrecht, Lehrbuch, 1949
- Peters: Rechtsfragen zum Entwurf des Personenbeförderungsgesetzes, Gutachten, 1954
- Peters: Die Verfassungsmäßigkeit des Verbotes der Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Gutachten zum Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, 1954
- Rehm: Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, 1889
- Richter: Das subjektive öffentliche Recht, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 8
- Rohwer-Kahlmann: Die Krise des Eigentums - Ansprüche und Anwartschaften aus der Rentenversicherung unter Eigentumsschutz (Art. 14 GG) - Zeitschrift für Sozialreform 1956, S. 239 ff. und 280 ff.
- Ruwe: Güterkraftverkehrsgesetz, Kommentar
- Schack: Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechts, Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1. Halbbd., Tübingen 1955, S. 1 - 60
- Schack: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. 9. 1957, Neue Juristische Wochenschrift 1958/222
- Schecker: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, 1910
- Scherbarth: Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962

- Schelcher: Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht,
Bd. 60/158 ff.
- Scheuner: Inhalt und Schranken des Eigentums, in:
Verfassungsschutz des Eigentums, begründet
von Reinhardt und Scheuner, Tübingen 1954
- Scheuner: Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrech-
te Bd. 2, Berlin 1954, Seite 331 ff.
- Scheuner: Die Abmessungen der Lastkraftfahrzeuge und
die Verkehrspolitik, Rechtsgutachten,
Der Güterverkehr 1956/212 ff.
- Scheuner: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts-
hofes vom 23.4.1956,
Die öffentliche Verwaltung 1956/575
- Schlochauer: Öffentliches Recht, Karlsruhe 1957
- Schütz: Bedeutung der aufschiebenden Wirkung des
Rechtsmittels gegen eine Auflage in einer
Linienverkehrsgenehmigung,
Der Personenverkehr 1952/846
- Stödter: Öffentlich-rechtliche Entschädigung,
Hamburgische Universität, Abhandlungen
und Mitteilungen aus dem Seminar für
öffentliches Recht, Hamburg 1933
- Stödter: Über den Enteignungsbegriff,
Die öffentliche Verwaltung 1953/97 ff.
- Stödter: Rechtsfragen des Zündwarenmonopols, 1953
- Schmidt-
Tophoff: Einstweilige Erlaubnisse im Personenbeför-
derungsrecht,
Der Personenverkehr 1957/61 ff.
- Schmidt-
Tophoff: Die Konzessionierung des gewerblichen Güter-
fernverkehrs in der Bundesrepublik Deutsch-
land, Rechtsgutachten zu §§ 8, 9 und 10 des
Güterkraftverkehrsgesetzes, 1956
- Strickroth: Zum begünstigenden Verwaltungsakt, Fest-
schrift für Willibalt Apelt, Staat und Bürger,
München und Berlin 1958, Seite 231 ff.
- von Turegg: Gewerberecht, Düsseldorf 1953
- von Turegg: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1956
- Ule: Rentenkürzungen als Enteignung?
Zeitschrift für Sozialreform 1956/138 ff. und
180 ff.
- Weber, Werner: Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte,
Bd. 2, begründet von Neumann-Nipperdey-Scheuner,
Berlin 1954

- Weber-
Hauelsen: Rechtsgrundlagen des Deutschen und des
 zwischenstaatlichen Verkehrs, Schriften-
 reihe: Die Bundesbahn, Darmstadt 1956,
 Seite 16 ff.
- Werner: Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungs-
 gerichts vom 3. 5. 1956,
 Deutsches Verwaltungsblatt 1956/616 - 618
- Martin Wolff: Reichsverfassung und Eigentum, in:
 Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, S. 5 f.
- H. J. Wolff: Verwaltungsrecht, Bd I,
 4. Auflage, München und Berlin 1961
- H. J. Wolff: Verwaltungsrecht, Bd. III, 2. Auflage,
 München und Berlin 1967

Abkürzungsverzeichnis

AO	Reichsabgabenordnung v. 1919 i. d. F. vom 22. Mai 1931
Arch. f. ö. Recht	Archiv für öffentliches Recht
AS	Amtliche Sammlung
bad. Vw VerFO	(badische) Landesherrliche Verordnung das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend vom 31.8.1884
BB	Der Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof in Karlsruhe
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGVerfE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BSG	Bundessozialgericht in Kassel
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
Die Grundrechte	Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Herausgegeben von Neumann, Nipperdey, und Scheuner, Berlin 1954
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Einl. ALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten
Fischers Ztschr. f. Verw. R	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung)
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich v. 1869 i. d. F. vom 26. Juli 1900 mit vielen Änderungen
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Lindenmayer-Möhring	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmayer und Möhring
Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz erläutert von Hermann von Mangoldt, 2. Aufl. neu bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt, Bd. I, 1957

MdR	Monatsschrift für deutsches Recht
nds SOG	(niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nw,OBG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 16. Oktober 1956
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht in Berlin
prPVG	(preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931
RdL	Recht der Landwirtschaft
RVO	Reichsversicherungsordnung v. 1911 i. d. F. vom 15. 12. 1924
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
thür. LVO	(thüringische) Landesverwaltungsordnung vom 10. 6. 1926
VG	Verwaltungsgericht
VGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)

Abschnitt I

Der Eigentumsschutz für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen, insbesondere Verkehrsbetriebsgenehmigungen nach Art. 14 Abs. 1 GG

Einleitung: Aufgabe und Zweck der Untersuchung

Voraussetzung für eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG ist, daß das aufzuhebende oder zu beeinträchtigende Recht von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfaßt wird.

Der seit der Geltung der Weimarer Reichsverfassung und auch vorher schon schwebende Streit über die Ausmaße und Ausdehnung des Eigentumsschutzes durch die Verfassungen ist durch die neuere Rechtsprechung der oberen Gerichte keinesfalls beendet worden. Wenngleich Rechtsprechung und Schrifttum über den Enteignungsbegriff schon weitgehend Übereinstimmung gefunden haben, so kann doch nicht davon die Rede sein, daß die Schutzobjekte, die von der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfaßt werden, fest umrissen sind. Gerade die Frage, inwieweit subjektiv öffentliche Rechte und eventuell sogar noch andere Berechtigungen und Rechtsstellungen öffentlicher Art mit minderem subjektiven Rechtswert - wie etwa Gewerbe genehmigungen - den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG verdienen, ist bis heute nicht eindeutig beantwortet worden. Da sich jedoch schwerlich - wie insbesondere die neuere Rechtsprechung ergibt - eine allgemein gültige, feste Regel darüber aufstellen läßt, welchen öffentlichen Rechten der Eigentumsschutz des Art. 14 GG zuzuerkennen ist, und man auch nur schwer - wie sich noch zeigen wird - bestimmte Merkmale aufstellen kann, die einer gewissen Anzahl von Rechten oder einer bestimmten Art

von Rechten eigen oder für sie maßgeblich sind, bleibt bisher nur die Möglichkeit, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob das einzelne in Frage stehende Recht den Eigentumsschutz des Art. 14 GG verdient¹⁾.

Für diese Untersuchung ist nun die gemischt persönliche und dingliche Gewerbeerlaubnis, insbesondere die Verkehrsbetriebserlaubnis nach dem Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961 und dem Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952 besonders geeignet; denn sie scheint gerade alle jene Merkmale in sich zu vereinigen, die nach der Rechtsprechung und Literatur erforderlich sind, um sie dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG zuordnen zu können.

Die Reichweite des Schutzes, den Artikel 14 GG gewährt
Seitdem das Eigentum des einzelnen Staatsbürgers durch Verfassungen oder Landesgesetze normativ geschützt wird, geht auch schon der Streit darum, welche Rechte des Staatsbürgers im einzelnen unter die Eigentumsgarantie fallen. Durch den Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen des Bundesgerichtshofes vom 9./10. Juni 1952²⁾ und durch das diesem Beschluß widersprechende Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 1952³⁾ lebte unter der Geltung des Grundgesetzes der Streit über die Weite des Eigentumsbegriffs im Sinne des Art. 14 GG erneut auf. Diese Entscheidungen zogen keinen Schlußstrich unter einen jahrzehntelangen Streit und konnten auch nicht zu einer allgemein befriedigenden Lösung des Problems führen. Dementsprechend divergieren beide Gerichte in ihren Auffassungen noch heute. Sie regten vielmehr erneut zu umfangreichen Diskussionen an.

- - - - -

1) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 1957, Anm. III 1 c zu Art. 14 GG;
Werner Weber, "Eigentum und Enteignung"
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Band II, 1954, 353.

2) GZS des BGH v. 9./10.6.1952 in BGHZ 6, 270 ff.

3) BVerfGE 1, 203 (207-208).

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die die subjektiv öffentlichen Rechte in den Enteignungsschutz einbezieht, versucht aus dem Verhältnis des einzelnen Staatsbürgers zum Staat die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu umreißen. Der BGH versucht, aus dem Spannungsverhältnis des einzelnen zum Staat die Eigentumsgarantie zu ergründen. Dieses Spannungsverhältnis, das es zu allen Zeiten gegeben hat, unterliegt einem dauernden Wandel. Der jeweilige Umfang des Eigentumsschutzes und die Merkmale und sonstigen bedeutsamen Umstände, die die Eigentumsgarantie umreißen, ergeben sich aus diesem Wandel, der in den Zeitverhältnissen begründet liegt. Gerade aber die Tatsache, daß dieser Wandel den jeweiligen Zeitverhältnissen unterliegt, gibt Veranlassung zu der Annahme, daß die Eigentumsgarantie nie vollends fest umrissen werden kann, sondern vielmehr von Fall zu Fall entsprechend den normativen Verhältnissen und den Zeitverhältnissen festzulegen ist.

Der Bundesgerichtshof¹⁾ geht davon aus, daß zwischen der die Vermögenssphäre des einzelnen schützenden rechtsstaatlichen Eigentumsgarantie und der notwendigen Rücksichtnahme auf wichtige Belange der Allgemeinheit eine echte Spannung besteht, deren Bewältigung dem Enteignungsrecht aufgegeben ist. Dabei beruhe die Eigentumsgarantie und der Enteignungsschutz auf der Spannungslage, daß einerseits der einzelne Staatsbürger, um frei leben zu können und nicht zum bloßen Objekt einer übermächtigen Staatsgewalt zu werden, einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums bedürfe, andererseits der Staat aber im übergeordneten öffentlichen Interesse auch in die vermögenswerten Recht des einzelnen eingreifen können müsse.

- - -
1) BGHZ 6, 270 (276)

Der BGH führt dazu aus, daß das Eigentum, wie überhaupt die vermögenswerten Rechte, überdies ihrem Inhalt nach nicht starr, sondern in gewissen Grenzen geschichtlich wandelbar seien, wobei die gekennzeichnete Spannungslage ihrerseits je nach der geschichtlichen Entwicklung eine geringere oder größere Schärfe annehme.

Diese Spannungslage will der Bundesgerichtshof so lösen, daß "das Eigentum der dem Staat eingegliederten Einzelnen und Gruppen geschützt ist, und zwar ihr Eigentum im weitesten Sinne."

Unabhängig davon, wie weit im Ergebnis das Eigentum zu fassen ist - die Beantwortung dieser Frage muß einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben -, wird ein geschichtlicher Rückblick aus dem Wandel der Verhältnisse heraus die für das geltende Recht getroffenen Feststellungen bestätigen. Die Wiedergabe eines geschichtlichen Überblicks über den Eigentumsbegriff hat außerdem den Sinn, zu zeigen, wie sich die Eigentumsgarantie wandeln kann und im Laufe der Zeit gewandelt hat, und aus welchen Gründen eine weitere und breitere Ausgestaltung möglich ist. Damit ist gleichzeitig darzulegen, welchen Sinn und Zweck die Eigentumsgarantie zu erfüllen hatte, und welche Bedenken gegen eine Ausweitung des Eigentumsbegriffs und damit gegen eine weitere Aufnahme bestimmter Rechte bestanden, wie sie ausgeräumt worden sind und ob sie heute noch bestehen, oder welche Bedenken heute noch erhoben werden können. Als Grundprinzip ist jedoch festzustellen, daß seit jeher die Tendenz bestanden hat, den Eigentumsschutz bezüglich des Gegenstandes auszuweiten.¹⁾

- - - -

1) Demgegenüber steht die Einengung des Eigentumsschutzes in funktioneller Hinsicht - die starke Eigentumsbindung und die moderne Sozialgebundenheit des Eigentums -, auf die hier nicht einzugehen ist.

Teil A Überblick über den Schutz des Eigentums
in den Verfassungen

I. Die Eigentumsgarantie in den Verfassungen des
19. Jahrhunderts

Während Art. 74, 75 Einl. Pr. ALR. die Entschädigung für aufgeopferte Rechte des Staatsbürgers gegenüber dem Staat zum Gegenstand hat, die in der Folgezeit für die Enteignungsgedanken in der Gesetzgebung und Rechtsprechung bestimmend wurden, regelten schon die §§ 29 - 32 I 8 ALR. die Enteignung und Entschädigung.

In der liberal- bzw. konstitutionell-monarchischen Zeit war es Sinn der Verfassungen des 19. Jahrhunderts, mit der Normierung der Rechte des einzelnen, die deren Unverletzlichkeit gegenüber dem Staat festlegten, das Verhältnis des Staatsbürgers zum Staat in seiner Eigenschaft als Träger subjektiver Rechte zu umreißen und festzulegen¹⁾. Das Verhältnis zwischen der Rechtssphäre des einzelnen und dem Staat sollte nach dem Willen der Schöpfer der Verfassungen eine Klärung und in den Verfassungen seinen Niederschlag finden. Damit sollte und wurde gleichzeitig dem Bedürfnis des Staatsbürgers nach Sicherheit gegenüber der Staatsgewalt, das der liberalen Epoche entsprang, für sie bedeutsam war und ihr entsprach, Rechnung getragen werden. So wurden die Eigentumsschutzformeln in den Verfassungen des vergangenen Jahrhunderts im weitesten Sinn auch verstanden, nämlich als Garantien vor allem des Eigentums an Grund und Boden der Untertanen. In dieser liberal- bzw. konstitutionell-monarchischen Zeit, die am Ende des 1. Weltkrieges auslief, entstand der sogenannte klassische Enteignungsbegriff²⁾. Die Enteignung im Sinne des Art. 9

- - - - -
1) Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburgische Universität, Abhandlungen u. Mitteilungen aus dem Seminar f. Öffentliches Recht, 1933, 150.

2) Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1952, 108; Werner Weber, aaO, S. 338; Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1956.

der Preuß. Verfassung vom 31. Januar 1850 hatte sich als Übereignungsvorgang dargestellt, durch den das Eigentum an unbeweglichen Sachgütern auf bestimmte Unternehmen des öffentlichen Wohles, die dieser Sachgüter zur Durchführung ihrer Aufgabe zwingend bedurften, übertragen wurde. Der klassische Enteignungsbegriff, wie er den teilweise noch heute geltenden Landesenteignungsgesetzen zugrunde liegt, war für die Technik des Enteignungsrechts maßgebend. Eigentum bedeutete die umfassende, grundsätzlich unbeschränkte Sachherrschaft (§ 903 BGB). Das gegenüber dem Staat schutzwürdige Vermögen des einzelnen, welches Gegenstand der Enteignung im technischen Sinn sein konnte, waren Grundstücke, an ihnen bestellte dingliche Rechte und bewegliche Sachen¹⁾. Nur diesen Vorgang hatten die Eigentums-klauseln der älteren Verfassungen im Auge.

Andere Beeinträchtigungen der Eigentümerposition durch hoheitliche Maßnahmen konnten unter Umständen unter dem Gesichtspunkt der Aufopferung eine Entschädigung zur Folge haben.

II. Die Eigentumsgarantie nach Artikel 153 der Weimarer Verfassung

1. Der Eigentumsschutz der subjektiven privaten Rechte

Schon in der liberal-demokratischen Epoche der Weimarer Republik traten gewisse Wandlungen ein²⁾, wie überhaupt Art. 153 der Weimarer Verfassung im Zeichen einer Erweiterung des Enteignungsbegriffes stand.

Keine der Verfassungen bis zum Bonner Grundgesetz definiert, was unter "Eigentum" und "Enteignung" zu verstehen ist. Mit dem Wandel dieser Begriffe hat sich auch eine Sinnwandlung der Eigentumsgarantie vollzogen³⁾.

- - - - -

1) Giese, aaO, S. 108; Bender, aaO, S. 164; Weber, aaO, S. 338

2) Giese, aaO, S. 108.

3) Weber, aaO, S. 338.

Wenn durch Art. 153 WRV auch einige bis dahin entwickelte Grundsätze des Enteignungsrechts verfassungsrechtlichen Rang erhielten und auch angenommen werden kann, daß die Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung bei der Formulierung des Art. 153 WRV von den Vorstellungen ausgingen, die die Schöpfer und die Praxis von Art. 9 der Preuß. Verfassung und ähnlicher Bestimmungen anderer Landesverfassungen hatten, so hat sich die Rechtsprechung von Beginn des dritten Jahrzehnts unseres Jahrhunderts an doch daran nicht gehalten. Sie ist von vornherein andere Wege gegangen und hatte einen eigenen Enteignungsbegriff aus der Erkenntnis heraus entwickelt, daß der Begriff des Eigentums und der Umfang der privaten Sphäre des einzelnen eng verknüpft sind mit den Wandlungen der gesellschaftlichen Verhältnisse und den jeweiligen politisch-sozialen Anschauungen.

Das Bestreben der Rechtsprechung des Reichsgerichts ging dann auch dahin, alle irgendwie geeignet erscheinenden Eingriffe des Staates in die Vermögenssphäre des einzelnen der Entschädigungsgarantie des Art. 153 WRV von Fall zu Fall zu unterwerfen¹⁾. Dadurch lösten sich allmählich die Merkmale des klassischen Enteignungsbegriffes auf und die Eigentumsgarantie umfaßte immer mehr Rechte.

Dafür gab es schon vor der Weimarer Reichsverfassung deutliche Vorläufer in der Rechtsprechung.

Während des 1. Weltkrieges kam es dazu, daß die privaten Forderungsrechte in den Eigentumsschutz einbezogen wurden. Dazu wurde das Reichsgericht durch die Eingriffe der Kriegsbewirtschaftung in die private Sphäre bewogen.

Nach dem 1. Weltkrieg hat die Rechtsprechung dann im Hinblick auf die andauernden, noch anwachsenden, starken interventionistischen Tätigkeiten des Staates im wirtschaftlichen Bereich den neuen Eigentumsbegriff beibehalten,²⁾

1) Bender, aaQ, S. 164.

2) Weber, aaQ, S. 338 ff.

obwohl die Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung bei der Normierung des Art. 153 WRV an dem Gedanken der klassischen Enteignung festhalten wollten, die nur Sacheigentum erfaßte.

In den Entscheidungen Band 102, 165; 105, 253 und 111, 224 hat das Reichsgericht die Zuweisung von Zwangsmietern im Rahmen der Wohnungsbewirtschaftung als entschädigungspflichtige Enteignung bezeichnet, weil das Recht des Eigentums, innerhalb der Schranken der Gesetze und vorbehaltlich der Rechte Dritter mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB), beeinträchtigt worden sei¹⁾. Bereits hier ist auch schon der Enteignungsbegriff im Sinne jeder Beeinträchtigung der Eigentümerposition sehr weit gefaßt²⁾.

2. Die These Stödters über den Eigentumsschutz des Artikels 153 WRV

Nach Stödter³⁾, der den Eigentumsbegriff noch weiter gefaßt sehen wollte, "hat Art. 153 WRV nicht den Schutz wohlverborener Rechtspositionen zum Gegenstand, sondern die Schaffung eines objektiven Ordnungsprinzips für das Eigentumsinstitut. Die individuelle Rechtssphäre soll in sinnvollem Zusammenhang mit dem politischen Gesamtstatus der Nation gebracht werden. Wie die Eigentumsschutzformeln der liberal-rechtsstaatlichen Verfassungen, aber aus entgegengesetzten Beweggründen, erstreckt sich auch die verfassungsrechtliche Regelung der Eigentumsordnung auf den Gesamtbereich subjektiver Vermögensrechte. Es handelt sich um die Neuformulierung des Eigentumsgedankens und damit zugleich um die Konstituierung eines wirtschaftlichen Grundprinzips". Danach bezieht sich Art. 153 WRV nicht allein

1) RGZ 105, 253.

2) Später auch so RGZ 116, 272; 132, 71.

3) Stödter, aaO, S. 150

auf den privatrechtlichen Eigentumsbegriff im Sinne des BGB, sondern ergreift jede positiv-rechtliche Ausprägung des Eigentumsgedankens schlechthin, d.h. der vom Individuum ausgeübten Herrschaft über Sachen und Rechte.

Stödter sieht in Art. 153 WRV die Verwirklichung eines objektiven Ordnungsprinzips für das Eigentumsinstitut, wobei die Rechtssphäre des einzelnen in sinnvollem Zusammenhang mit dem politischen Gesamtstatus des Staates gebracht wird. Dabei sollen alle subjektiven Vermögensrechte erfaßt werden, so daß es sich nicht nur um die Neuformulierung des Eigentumsgedankens, sondern auch zugleich um die Konstituierung eines wirtschaftlichen Grundprinzips handelt.

Aus diesen von Stödter entwickelten Gedanken folgte für ihn nun zwangsläufig, daß auch subjektiv-öffentliche Rechte von der Eigentumsgarantie erfaßt werden. Mit dieser Auffassung stand er jedoch allein. Insbesondere ging das Reichsgericht in seinen Entscheidungen noch nicht so weit.

3. Der Eigentumsschutz der subjektiv öffentlichen Rechte

a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

In der in RGZ 103, 200 abgedruckten Entscheidung stellte das Reichsgericht fest, daß die durch Landesgesetz bewirkte Aufhebung der der erbherrlichen Linie Lippe-Weissenfeld zustehenden sogenannten Lippischen Rente eine Enteignung im Sinne des Art. 153 WRV darstellte. Damit war endgültig präjudiziert, daß Gegenstand der Enteignung nicht nur Sacheigentum oder gar nur Grundeigentum sein könne, sondern daß als von Art. 153 Abs. 1 WRV geschütztes Eigentum vermögenswerte Rechte aller Art, insbesondere auch Forderungsrechte, anzusehen seien, und daß demgemäß jeder

Eingriff der Staatsgewalt in ein solches Recht als Enteignung gelten müsse. Daraus entwickelte sich eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾. Später wurde der Eigentumsbegriff mehr und mehr präzisiert, von Fall zu Fall abgegrenzt und definiert. Mit den Forderungsrechten sollte auch das subjektive Recht an einem schon lange betätigten Heilgewerbebetrieb²⁾, später auch allgemein der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb³⁾ geschützt sein. Der Schutz des Art. 153 WRV beschränkte sich nach der Auffassung des Reichsgerichts auf "privates Eigentum" und "private Vermögensrechte". Ausgenommen von diesem Schutz waren ausdrücklich Familienrechte⁴⁾ und vor allem subjektive öffentliche Berechtigungen⁵⁾.

Zur Begründung seiner ausdehnenden Auslegung des Eigentumsbegriffs hat das Reichsgericht ausgeführt⁶⁾, daß die subjektiven Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte ebenso sehr des Schutzes bedürftig seien wie das Sacheigentum, und daß die Merkmale des Schutzes weit gespannt werden müßten, weil die Verfassung einen umfassenden Schutz gewähren wolle.

Nach dem Jahre 1933 bis zur Auflösung im Jahre 1945 hat das Reichsgericht noch einmal bestätigt⁷⁾⁸⁾, daß das Eigentum im Sinne des Art. 153 Abs. 1 WRV alle subjektiven Privatrechte einschließlich der Forderungsrechte umfasse, und daß eine Enteignung immer dann vorliege, wenn das Recht des Eigentümers, mit seinen Vermögenswerten nach Belieben zu verfahren, beschränkt werde.

1) RGZ 109, 319; 110, 347; 111, 227; 328; 121, 168; 128, 171; 129, 148, 250; 136, 123; 137, 167; 139, 182.

2) RGZ 129, 148.

3) RGZ 139, 186.

4) RGZ 121, 199.

5) RG JW 1929, 2331; RGZ 129, 250; 139, 182.

6) RGZ 109, 319.

7) RGZ 150, 180.

8) Zu den Fußnoten 1 - 7 vgl. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Bd. 10 S. 74 ff.

Dagegen schloß das Reichsgericht die subjektiv öffentlichen Berechtigungen vom Eigentumsschutz aus. Diese Entscheidungen gehen in der Begründung auf das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 18. Mai 1926 zurück¹⁾.

b) Die Rechtsprechung des Preuß. Oberverwaltungsgerichtes

Das Preuß. OVG entschied in einem Streit über die Aufhebung einer bestehenden Schulunterhaltungspflicht, daß die Bestimmung im § 53 Abs. 1 Satz 1 des Volksschullehrer-Dienstverpflichtungsgesetzes vom 17.12.1920/1.1.1925, wonach die Verpflichtung des Staates fortfällt, Schulunterhaltungskosten aufgrund besonderer Rechtstitel oder besonderer gesetzlicher Vorschrift oder Ortsbestimmung zu tragen, soweit Ansprüche in Betracht kommen, die auf öffentlich-rechtlichem Titel beruhen, nicht gegen Art. 153 WRV verstoße und deshalb rechtsgültig sei. Der Schutz des Art. 153 WRV gegen entschädigungslose Enteignung beziehe sich nicht auf solche öffentlich-rechtlichen Berechtigungen, die auf besonderen Rechtstiteln beruhen.

Diese auf öffentlich-rechtlichem Titel beruhenden Ansprüche sind den vermögenswerten subjektiven öffentlichen Rechten, deren Eigentumsschutz untersucht wird, gleichzusetzen. Die vom Preuß. OVG entwickelte These ist vom Reichsgericht und dem Schrifttum für die subjektiven öffentlichen Rechte übernommen worden und wurde erneut Gegenstand der Diskussion nach der Entscheidung des Gr. Zivilsenats des BGH vom 9./10.6.1952 - BGH 26, 270 ff -.

Das Hauptargument dafür, daß nur Privatrechte durch Art. 153 WRV geschützt würden, war nach Ansicht des Pr.OVG - und darin folgte ihm das Reichsgericht ohne nähere Begründung - die systematische Stellung des Art. 153 WRV zwischen zwei
- - - - -

1) Pr. OVG Bd. 81, 181 (182 und 201 ff).

Artikeln, die den Privatrechtsverkehr betreffen; nämlich Art. 152 - die Vertragsfreiheit im Wirtschaftsverkehr - und Art. 154 - das Erbrecht -.

Das zweite Argument des Pr. OVG ging dahin, daß die reichsverfassungsrechtliche Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf öffentlich rechtliche Berechtigungen einen Eingriff in Rechtsmaterien bedeute, die im allgemeinen der Landesgesetzgebung vorbehalten seien.

Das Pr. OVG stützt sich dabei auf die seinerzeit herrschende Lehre und verweist auf Anschütz¹⁾, Giese²⁾ und Arndt³⁾.

Das Reichsgericht schloß sich der Rechtsprechung des Pr. OVG an und machte sich seine Argumentation zu eigen⁴⁾. Später bestätigte es seine Auffassung⁵⁾.

Diese Entscheidungen wiederum werden heute noch vom Bundesverfassungsgericht als grundlegend angesehen⁶⁾, so daß sich nicht nur nach wie vor eine Auseinandersetzung mit ihnen lohnt, sondern diese geradezu erforderlich ist.

c) Die Auffassungen im Schrifttum

In der Rechtslehre wurde dieselbe Auffassung fast durchweg vertreten mit weitgehend entsprechender Begründung, wonach die in Art. 153 WRV ausgesprochene konkrete Gewährleistung sich nicht auf öffentlich rechtliche Befugnisse erstreckte, so von

- - - - -

1) Anschütz, Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 13. Aufl., Anm. 2 zu Art. 153.

2) Giese, Reichsverfassung, 6. Aufl., S. 392.

3) Arndt, Reichsverfassung von 1919, S. 210.

4) RG JW 1929, 2331; RGZ 129, 246 (250).

5) RGZ 139, 177 ff (182).

6) BVerfGE 2, 380 (399).

Anschütz¹⁾, Giese²⁾, Wolff³⁾, Schelcher⁴⁾ und Huber⁵⁾.

d) Die Thesen E. R. Hubers

Im Schrifttum der Weimarer Zeit hat eigentlich nur E. R. Huber⁶⁾ näher und umfassender begründet, warum seiner Ansicht nach Art. 153 WRV die Garantie subjektiv öffentlicher Rechte ausschließe. Sein Einwand ging dahin, daß es begrifflich unmöglich sei, verliehene subjektiv öffentliche Rechte durch Verleihung eines weiteren subjektiven öffentlichen Rechtes zu garantieren.

Nach seiner Ansicht sei durch die in der Verfassungsgarantie enthaltene Bindung des Staates dem Geschützten ein subjektives öffentliches Recht verliehen, kraft dessen er die Unterlassung aller störenden Eingriffe in die geschützte Sphäre verlangen könne. Die geschützte Eigensphäre sei die Ausstrahlung eines in seiner Entstehung vom Staat unabhängigen Organismus, gleichviel, ob es sich um die Eigensphäre des Individuums oder um die der Kirche handelt. Die Anerkennung des individuellen Rechtsbereiches seitens des Staates sei in Art. 153 WRV durch Verleihung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Unterlassung aller Störungen dieses Machtkreises erfolgt. Öffentliche Rechte des einzelnen entstammen der Macht des Staates, werden von ihm nicht lediglich anerkannt, sondern vielmehr geschaffen. Sie stehen zu seiner ständigen Verfügung. Eine Garantie verliehener subjektiver öffentlicher Rechte durch Verleihung eines weiteren subjektiven

- - - - -

- 1) Anschütz, a. a. O., Anm. 2 zu Art. 153.
- 2) Giese, a. a. O., Anm. 1 zu Art. 153.
- 3) Martin Wolff, Reichsverfassung u. Eigentum, S. 23.
- 4) Schelcher, Fischers Ztschr. f. Verw. R., Bd. 60, 158.
- 5) Huber, Die Garantie d. kirchl. Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 7 ff.
- 6) E. R. Huber, Die Garantie der kirchl. Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 6 ff.
(8). Dieser Auffassung ist Huber auch heute noch: Vergl. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, 1954, S. 19 ff.

öffentlichen Rechts sei undenkbar. Garantie bedeute begrifflich die Sicherung eines Rechtes minderen Wertes durch eine Norm höheren Ranges. Eine Gewährleistung, die in ihrem juristischen Wert nicht höher steht als das zu garantierende Recht, enthalte in Wahrheit keine Garantie. Deshalb gibt es nach Auffassung von Huber keine verfassungsmäßige Gewährleistung verliehener öffentlicher Befugnisse.

4. Die Kritik Stödters an der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre und die Bedeutung seiner Thesen für den heutigen Streitstand

Stödter vertrat von vornherein eine andere Auffassung, die er auch überzeugend zu begründen wußte¹⁾. Der Vorstoß, den Stödter im Jahre 1933 gegen diese Auffassung unternahm, hat sich allerdings unter der Herrschaft der Nationalsozialisten nicht mehr auswirken können²⁾. Stödter wandte sich schon damals mit eindringlicher historischer Nachweisung und mit Hinweis auf den Schutz von Gewerbeberechtigungen durch Art. 153 WRV gegen die herrschende Meinung.

Er wandte sich schon dagegen, daß man glaubte, zwischen Art. 129 Abs. I und V und 153 WRV einen Unterschied machen zu müssen, wonach sich Art. 129 auch auf subjektiv öffentliche Rechte (hier die wohlerworbenen Rechte der Beamten) beziehe, Art. 153 dagegen lediglich subjektive Privatrechte gewährleiste.

Es ist erforderlich, im einzelnen auf die Argumentation Stödters einzugehen; denn die damalige Auffassung, die gegen eine Aufnahme der subjektiv öffentlichen Rechte in die Eigentumsgarantie sprach, wird auch heute - zum Teil noch mit der gleichen Begründung - für Art. 14 GG vertreten^{2a)}.

- - - - -

1) Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 158 ff (162).

2) Ule, Rentenkürzungen als Enteignung? In Zeitschrift f. Sozialreform, 1956, 153 ff. und 180 ff. (139).

2a) BVerfGE 1, 272; 2, 380 (399).

Diese Beweisführung des Pr. OVG und des RG war jedoch nach Auffassung Stödters schon in der damaligen Zeit nicht durchschlagend. Der Sinn des Art. 153 WRV bestand danach in der Einordnung der individuellen Verfügungsmacht in das wirtschaftliche Leben der Volksgemeinschaft¹⁾. Damit wird gleichzeitig ein umfassendes wirtschaftliches Grundprinzip konstituiert. Dieses Prinzip bezog sich auf alle Vermögensrechte der Untertanen. Das subjektive vermögenswerte Recht des einzelnen fand in Art. 153 WRV seine institutsmäßige Gewährleistung. Nach Auffassung Stödters bestand deshalb kein Anlaß, subjektiv öffentliche Rechte von dieser Garantie auszunehmen; denn der ganze fünfte Abschnitt der Weimarer Reichsverfassung enthielt das Konzept einer Wirtschaftsverfassung, aus dem sich eine Beschränkung des Eigentums-schutzes auf private Rechte zumindest nicht schlüssig belegen ließ. Deshalb gehörten nach Stödter dahin die Benutzungsrechte an öffentlichen Gewässern und Straßen, erfaßt wurden auch die sogenannten Altjagdrechte und die Ansprüche öffentlich-rechtlicher Körperschaften gegen ihre Mitglieder, auch Rechte an Konzessionen, mithin alle einer Einzelperson als solcher zustehenden Sonderrechte öffentlicher Natur.

Dagegen will auch Stödter öffentlich-rechtliche Befugnisse, die dem einzelnen Staatsbürger als Glied der Gesamtheit zustehen, also öffentliche Rechte, "deren Trägerschaft generell bestimmt ist", wie die staatsbürgerlichen Rechte und Familienrechte, von der Eigentumsgarantie nicht erfaßt sehen.

Auf die heutige Rechtslage bezogen, kann festgestellt werden, daß auch aus der systematischen Stellung des Eigentumsartikels im Grundgesetz nicht derartige Schlüsse gezogen

- - - - -

1) Stödter, aaO, S. 158 ff (162).

werden können¹⁾. Auch das zweite Argument des Pr.OVG, daß die reichsverfassungsrechtliche Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf öffentlich-rechtliche Berechtigungen einen Eingriff in Rechtsmaterien bedeute, die im allgemeinen der Landesgesetzgebung vorbehalten seien, ist schon von Stödter widerlegt worden²⁾.

Das Argument ist aus der Ära der Bismarck'schen Verfassung erklärlich, die keine Grundrechte enthielt. Wenn heute der Bund in Grundrechten das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Bürger und Staat normiert, ist er dabei durch organisatorische Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Ländern nicht gehindert. Den Ländern bleibt zwar überlassen, ob sie in einer bestimmten Materie tätig werden wollen. Wenn sie aber tätig werden, sind sie gebunden. Es läßt sich nicht behaupten, daß ein bundesrechtlicher Grundrechtsschutz auch subjektiv-öffentlicher Rechte dem Bundesstaatsprinzip entgegen stehe.

Der wichtige Satz des Pr. OVG, der Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte sei "nicht in gleicher Weise notwendig wie der der Privatrechte", berührt das eigentliche Problem. Wenn man aber berücksichtigt, daß 75 %³⁾ unseres Volkes in ihrer Existenz auf unselbständiges Arbeitseinkommen und die damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Sicherungsansprüche angewiesen sind, dann soll diese soziologische Feststellung verdeutlichen, wie wenig überzeugend (zumindest heute) diese Begründung ist.

- - - - -

1) So aber BVerfGE 2, 380 (401). Daß der vom Gericht beigezogene Art. 15 (Vergesellschaftung) kein guter Beleg ist, hat schon Dürig, Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, Festschrift für Apelt, S. 13 ff (15) nachgewiesen, da gerade dieser Vorgang überhaupt nur möglich ist unter Entzug öffentlich-rechtl. Befugnisse, die vorher die Basis für die Verfügungsmacht über das private Wirtschaftseigentum bildeten.

2) Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 163.

3) So Rohwer-Kahlmann, Die Krise des Eigentums, Zeitschrift f. Sozialreform, 1956, 239.

Im Schrifttum der Weimarer Zeit hat nur E.R. Huber¹⁾ näher begründet, warum seiner Ansicht nach Art. 153 WRV die Garantie subjektiv öffentlicher Rechte ausschließe.

Seine These, daß es begrifflich unmöglich sei, verliehene subjektiv öffentliche Rechte durch Verleihung eines weiteren subjektiven öffentlichen Rechtes zu garantieren, wird auch vom Bundesverfassungsgericht nicht geteilt. Die begriffliche Möglichkeit, daß öffentliche Rechte, die der Macht des Staates entstammen, durchaus von der Verfassung als der höherwertigen staatlichen Norm garantiert werden können, wird von ihm ausdrücklich zugestanden²⁾.

Ausgangspunkt für das Hauptargument der Betrachtungen Hubers ist jedoch die naturrechtliche Auffassung von der Vorstaatlichkeit des Eigentums³⁾, wonach in dem subjektiven Recht eine Äußerungsform der persönlichen Freiheit des Individuums gesehen wird. Es ist vor allem staatlichen Zusammenschluß existent und daher jedem staatlichen Zugriff regelmäßig entzogen. Huber sieht in dem gewährleisteten Privateigentum einen Rechtskreis vorstaatlichen Ursprungs. Im Gegensatz hierzu sollen subjektiv öffentliche Rechte nur vom Staat konstitutiv verliehen sein und verbleiben deshalb auch zur einseitigen Disposition des Staates.

In seiner Entgegnung hierzu bringt Stödter⁴⁾ zum Ausdruck, daß im öffentlichen Recht für eine solche Auffassung kein Raum bestehe und der von Huber angenommene Gegensatz nicht vorhanden sei. Denn Eigentum sei nur vorhanden, weil und soweit der Staat es

- - - - -

1) E.R. Huber, aaO, 1927, S. 7 ff.

2) BVerfGE 2, 380 ff (402).

3) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgem. Teil, 1961, S. 21.

4) Stödter, aaO, S. 158 ff.

geschaffen und anerkannt habe. Das Eigentum stehe nicht über dem Staat, sondern in und unter dem Staat, und das Privateigentum habe dem Staat gegenüber keine andere Stellung als das vom Staat verliehene subjektiv öffentliche Recht. Beide sind in gleicher Weise geschützt und Eingriffen ausgesetzt.

Der angenommene Gegensatz zwischen vorstaatlicher Eigensphäre des Menschen und staatlicher Gestaltungssphäre ist auch unter der Geltung des Grundgesetzes noch vorhanden¹⁾. Auch die Eigentumssphäre enthält einen Bereich, der wegen seines Wertcharakters jeglicher staatlicher Dispositionen entzogen ist. Diese Eigentumssphäre läßt sich jedoch nicht so bestimmen, ob nun der Erwerb des Rechtes unabhängig vom Staat eintritt oder vom Staat durch eine hoheitliche Handlung herrührt. Diese Sphäre ist eine Wertsphäre, die sich nur materiell vom Menschen als Träger her bestimmen läßt²⁾. Sein Bedürfnis und Verhalten schaffen den Grund für die Unantastbarkeit der Eigensphäre, aber die Rechtsform des Erwerbes und der privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bereich, aus der sie entstammt, sind nicht entscheidend.

Stödter formuliert folgendermaßen: Es hat sich im Verfassungsrecht ein Funktionswandel vom statischen Sacheigentumsbegriff zum dynamischen wirtschaftlichen Eigentumsbegriff vollzogen. Hinsichtlich ihres wirtschaftlichen Wertes stehen vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte den privaten Vermögensrechten gleich. Deshalb werden auch sie vom Eigentumsbegriff der Verfassung erfaßt.

- - - - -

1) Mangoldt-Klein, aaO, S. 94; Dürig, Festschrift f. Apelt, S. 17.

2) Dürig, aaO, S. 18.

Die Bedenken, daß die Einbeziehung subjektiv öffentlicher Rechte gegen die Überlieferung spräche, räumt Stödter aus, indem er in einem geschichtlichen Rückblick das Verhältnis der subjektiv öffentlichen Rechte zur Eigentumsgarantie klärte und das Gegenteil nachweist¹⁾: Auf diesen geschichtlichen Rückblick soll hier nicht verzichtet werden, weil noch heute die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf Bezug nimmt.

Im Mittelpunkt der naturrechtlichen Betrachtungsweise stand das subjektive Recht des Individuums. Es ist vorstaatlichen Ursprungs, das vom Staat nicht geschaffen, sondern nur anerkannt und geschützt wurde. Nach Ansicht Stödtters ist bei einer solchen Auffassung eine scharfe Trennung zwischen subjektiven Rechten privaten und öffentlichen Charakters weder möglich noch nötig. Die subjektiv öffentlichen Rechte erscheinen nur als Zubehör privater Befugnis, und zu den als Privatrechtstiteln gedachten wohlerworbenen Rechten werden auch Berechtigungen öffentlich-rechtlicher Art gezählt. Für Eingriffe in öffentliche Rechte ist öffentlich-rechtlich Entschädigung zu leisten, wenn und soweit es sich um eine Beeinträchtigung wohlerworbener Befugnisse handelt.

Das Preuß. Allgemeine Landrecht rechnet deshalb eine große Anzahl öffentlicher Berechtigungen zum Begriff der erworbenen Rechte und zum Privateigentum, was sowohl für das formelle wie für das materielle Recht in gleicher Weise gilt.

Nach § 1 Ein. ALR steht für alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigentums ausmachen,

1) Stödter, aaO, S. 163.

der ordentliche Rechtsweg offen. Angesichts der mangelnden Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht werden hier unter Privateigentum alle subjektiven öffentlichen Rechte und Privatrechte, alle angeborenen und erworbenen Güter des Individuums verstanden. § 70 Einl. ALR. bestimmt als materiell-rechtliche Vorschrift, daß Privilegien aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls gegen hinlängliche Entschädigung des privilegierten Staatsbürgers aufgehoben werden können. Auch zu den im § 75 Einl. ALR. geschützten besonderen Rechten gehören nach der Legaldefinition des § 84 auch Rechte mit öffentlich-rechtlichem Charakter. Die Kabinettsordre vom 4.2.1831, die die Entschädigungspflicht des § 75 bezüglich Eingriffe in Privateigentum erfaßte, hat nicht den Umfang der Rechte verändert, sondern nur den Kreis der anspruchserzeugenden Staatsakte beschränken wollen.

Stödters Darlegungen haben auch heute noch unter der Geltung des Grundgesetzes (Art. 14) ihre Bedeutung. Deshalb sind sie in aller Ausführlichkeit behandelt worden. Der Streit um den Umfang der geschützten Rechte tauchte mit der in Enteignungsfragen grundlegenden Entscheidung des Gr. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 9./10.6.1952 - BGHZ 6, 270 ff - erneut auf und wurde mit allem Für und Wider erneut in den Mittelpunkt der Diskussionen gestellt. Soviel kann jedenfalls jetzt schon insgesamt festgestellt werden, wenn auch das Reichsgericht zu Recht den den Gegenstand seiner Entscheidungen bildenden subjektiven öffentlichen Rechten den Schutz des Art. 153 WRV versagte, daß die grundsätzlich ablehnende Haltung, die subjektiv öffentlichen Rechte von der Eigentumsgarantie auszuschließen, nicht mehr überzeugend ist.

Teil B - Die Eigentumsgarantie nach Art. 14 des
Grundgesetzes

- Eigentumsschutz für subjektiv öffentliche Rechte -

I. Die Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Ein grundlegender Wandel mit gegensätzlichen Auffassungen über den Umfang der geschützten Rechte durch Art. 14 GG ist unter der Geltung des Grundgesetzes eingetreten. Am Beginn dieser Entwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum nach 1945 stand der zitierte Beschluß des GZS des BGH¹⁾²⁾, der zugleich bahnbrechend war und die Diskussionen über die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bis heute noch nicht zur Ruhe kommen ließ.

Diese Entscheidung verdient deshalb besondere Beachtung, weil sie programmatisch und dogmatisch grundlegend Regeln für einen umfassenderen Eigentumsschutz durch die Verfassung gibt.

Der Auffassung Stödtters kommt für die Gegenwart umso größere Bedeutung zu, als der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofes ihm weitgehend gefolgt ist. Der BGH geht davon aus, daß der einzelne Staatsbürger einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums bedarf, daß andererseits aber auch der Staat, wenn übergeordnete öffentliche Zwecke der Allgemeinheit dies erfordern, in diese Rechte eingreifen darf. Das allerdings nur gegen Entschädigung, die die Allgemeinheit zu leisten hat. Unabhängig hiervon hat der Verfassungsgeber das Recht, den Inhalt des Eigentums in widestem Sinne in allgemein

- - - - -

1) BGHZ 6, S. 270 ff.

2) Das Deutsche Obergericht (Urteil vom 5. Juli 1950, DOG 1948 - 51 S. 66 (73) und der Bayerische Verfassungsgerichtshof (Entscheidung) vom 18.1.1952, VGHE II - Teil 68 (NF 5) 1 (4) haben an dem Eigentumsbegriff des Reichsgerichts festgehalten.

verbindlicher Weise zu bestimmen; wobei er das Eigentum weder entziehen, übertragen, noch im Einzelfall belasten darf, wohl aber innerhalb gewisser Grenzen in einer allgemein verbindlichen Weise den Herrschaftsbereich des Eigentumsrechts einengen, es mit Pflichten belasten und sozial binden kann.

Diese Rechtsgedanken, die sich in ihren Grundsätzen hinsichtlich der Eigentumsgarantie schon in den §§ 74 und 75 Einl. ALR finden, liegen bezüglich des Eigentumsschutzes auch den Vorschriften des Art. 14 GG zugrunde.

Der Gr. Zivilsenat des BGH begründete in der Frage der Beibehaltung oder Erweiterung des reichsgerichtlichen Enteignungsbegriffs, insbesondere der Erweiterung des Eigentumsschutzes, folgende These, ohne sich dabei mit der bis dahin anerkannten Rechtsprechung des Reichsgerichts und der bis dahin herrschenden Lehre auseinander zu setzen: "Wenn die staatliche Enteignung nach dem ganzen Vermögen der Bürger greift, muß die Eigentumsgarantie und der Enteignungsschutz auch das gesamte Vermögen der Bürger decken. Sie müssen daher folgerichtigerweise auf jedes vermögenswerte Recht bezogen werden, gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehört. Geschützt ist nicht nur das Eigentum im weitesten Sinne als Rechtseinrichtung, sondern jedes vorhandene einzelne vermögenswerte Recht".

An dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgehalten.

Auf die verschiedenen Entscheidungen ist einzugehen, weil später im einzelnen auf sie zurückgegriffen werden muß.

In dem Vorlagebeschluß des Bundesgerichtshofes vom 20.5.1954 an das Bundesverfassungsgericht¹⁾ wurden die

- - - - -

1) BGHZ 13, 265 - NJW 1954, 1073.

Ruhegehaltsansprüche eines Beamten als enteignungsfähige Rechte anerkannt¹⁾²⁾.

Aus dem Gesichtspunkt der "wohlerworbenen Rechte" des Beamten und der Nichtschlechterstellung der Beamten gegenüber jedem privatrechtlichen Arbeitnehmer, dessen schuldrechtlicher und arbeitsrechtlicher Entschädigungsanspruch zweifelsfrei unter die Garantie des Art. 14 GG fällt, leitet der BGH die Eigentumsgarantie des Ruhegehaltsanspruches eines Beamten ab und bezeichnet jede Kürzung des Ruhegehalts als unerlaubten Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen.

In dem Urteil des BGH vom 7.10.1954³⁾, das für die vorliegende Untersuchung von besonderer Bedeutung ist, legte der BGH fest, daß die rechtswidrige Entziehung einer Apotheken-Personalkonzession einen entschädigungspflichtigen enteignungsgleichen Eingriff darstelle.

Dem Kläger war die ihm erteilte Genehmigung zum Betrieb einer Apotheke im Wege der Entnazifizierung entzogen und an einen anderen vergeben worden. Er verlangte wegen der schuldlos-rechtswidrigen Konzessionsentziehung eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, die der BGH ihm auch zusprach.

Der BGH⁴⁾ stellte fest, daß die dem Kläger erteilte Genehmigung zur Errichtung, Leitung und Verwaltung einer Apotheke (Personalkonzession) den Erwerb eines subjektiven öffentlichen Rechtes

- - - - -

1) BGHZ 13, S. 318 ff.

2) So auch BGH v. 31.1.1955 in NJW 1955, 710 für beamtenrechtliche Versorgungsansprüche.

3) BGHZ 15, 17 ff. = NJW 1954, 1807 ff.

4) BGHZ 15, 20 = NJW 1954, 1807.

bedeute. Durch die Begründung eines subjektiven Rechtes im Wege der staatlichen Verleihung unterscheide sich diese - echte - Konzession wesentlich von der im Gewerberecht geläufigen öffentlich-rechtlichen Erlaubnis. Der BGH gibt zu, daß dieses subjektive Recht als Personalkonzession weniger umfassend ist als das in einer Realkonzession steckende subjektive Recht, weil letzteres veräußerlich und vererblich sein oder doch wenigstens die Befugnis des Berechtigten, den Rechtsnachfolger zu präsentieren, enthalten könne. Entscheidend sei, daß die Personalkonzession den subjektiven Anspruch auf Errichtung und Führung eines eigenen selbständigen Apothekenbetriebes beinhalte. Insbesondere sei Inhalt dieses subjektiven Rechtes auch der Rechtsvorteil, daß sich der Konzessionsinhaber nur einer sehr beschränkten Konkurrenz ausgesetzt sehe. Da die Personalkonzession weiterhin regelmäßig nur für eine räumlich und lagenmäßig genau bestimmte Apotheke verliehen werde, verknüpfe sich mit dem Recht auch der in der örtlichen Situation, im Namen und in der Kundschaft der Apotheke steckende Wert.

In einem dem Gewerberecht entstammenden Fall, der ebenfalls bedeutsame Parallelen zur Beeinträchtigung einer Verkehrsbetriebserlaubnis im Sinne der Thematik bietet, hat der BGH durch Urteil vom 23.4.1956¹⁾ seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und festgestellt, daß die rechtswidrige Bestellung eines zweiten Bezirksschornsteinfegermeisters für denselben Kehrbezirk einen enteignungsgleichen, entschädigungspflichtigen Eingriff in die vermögenswerte Rechtsposition des ersteren bedeute.

- - - - -

1) BGH in DÖV 1956, 574 = NJW 1956, 1109.

Der BGH kennzeichnet auch hier die Beeinträchtigung der Rechtsposition des ersten Bezirksschornsteinfegermeisters durch die Bestellung eines zweiten als einen Eingriff in ein vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 GG. Dieses Recht, das durch Kehrzwang und Kehrmonopol entstehe, sichere dem Berechtigten bestimmte Einkünfte aus seinem Kehrbezirk. Der Betroffene sei durch die rechtswidrige Bestellung eines zweiten Bezirksschornsteinfegermeisters in seinen Verdienstmöglichkeiten beeinträchtigt und im Verhältnis zu anderen Bezirksschornsteinfegermeistern ungleich belastet worden. Der Eingriff in diese Rechtsposition, die dem Inhaber als Entgelt für seine Tätigkeit ein sicheres Einkommen garantiere und für ihn wirtschaftliche Existenzgrundlage und "Vermögen" darstelle, sei deshalb entschädigungspflichtig.

Eine weitere Entscheidung des 3. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 30.9.1957¹⁾ reiht sich in diese Linie ein. Nach Auffassung des BGH kann einem technischen Überwachungsverein, selbst wenn er bestimmte öffentlich-rechtliche Kompetenzen kraft Beleihung nur unter dem Vorbehalt besitzt, daß der Staat sie nicht widerruft, bei einem Widerruf dieser Kompetenzen eine Enteignungsentschädigung im Hinblick darauf zustehen, daß der Widerruf einen Eingriff in die wirtschaftliche Struktur des Vereins darstellt.

Dem Betroffenen war die ihm von vornherein unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs zustehende öffentlich-rechtliche Kompetenz zur Dampfkesselüberwachung nach längerer Zeit durch das Land entzogen worden, nachdem der Betrieb sich im Laufe der Jahre zu einem kostspieligen personellen und sachlichen Überwachungsapparat entwickelt hatte.

- - - - -

1) BGH in NJW 1957, 1927.

Der BGH billigt eine Entschädigung zu, weil das Land durch die Beschränkung der Kompetenz auf jeden Fall in die wirtschaftliche Struktur des Klägers und dadurch in ein vermögenswertes Recht im Sinne der bisherigen, es auf eine wirtschaftlich wertende Betrachtungsweise abstellende Rechtsprechung des BGH¹⁾ eingegriffen hatte.

Der BGH unterstellt auch hier - wie in seinen Urteilen vom 7.10.1954 (Entzug der Apothekenkonzession)²⁾ und vom 23.4.1956 (Beeinträchtigung der Rechtsposition des eingesetzten Bezirks-schornsteinfegermeisters)³⁾ - die im Einzelfall durch das öffentliche Recht und nicht allgemein durch Gesetz oder Verordnung geschaffene und begründete Rechtsposition dem umfassenden Eigentumsschutz des Art. 14 GG.

Die Erweiterung des Rahmens der geschützten Rechte über den des Reichsgerichts hinaus ist zu billigen. Denn die Erweiterung des Enteignungsbegriffs ist keine nach Billigkeitsrücksichten erfolgende Ausweitung und Erweichung des früheren, enger umgrenzten Enteignungsbegriffs, was auch für den Umfang des geschützten Eigentums gilt, sondern - wie Scheuner es nennt⁴⁾ - "sie stellt den Widerpart der Wandlungen des Eigentums und der veränderten Haltung des Staates den privaten Vermögensverhältnissen gegenüber dar, die sich in der gleichen Zeitepoche vollzogen". Der Begriff des Eigentums, der Umfang der privaten Sphäre des einzelnen und ihre Abgrenzung gegenüber den Anforderungen des Staates sind eng verknüpft mit den Wandlungen der gesellschaftlichen Verhältnisse und den jeweiligen politisch-sozialen Anschauungen.⁵⁾

- - - - -

1) BGHZ 19, S. 1 ff. (4) = NJW 1956, 263; BGHZ 23, S. 157 ff (163) = NJW 1957, 630.

2) BGHZ 15, S. 17 ff (20) = NJW 1954, 1807.

3) BGH in DÖV 1956, 574 = NJW 1956, 1109.

4) Scheuner, in Rheinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 87.

5) Rohwer-Kahlmann, Die Krise des Eigentums - Ansprüche u. Anwartschaften aus der Rentenversicherung unter Eigentumsschutz (Art. 14 GG) - in Zeitschrift f. Sozialreform, 1956, S. 239 ff und 308 ff (309).

Wie schon hervorgehoben, wurden unter der Auswirkung des 1. Weltkrieges die privaten (schuldrechtlichen) Forderungsrechte in den Eigentumsschutz einbezogen¹⁾. Durch die Kriegsbewirtschaftung und Nachkriegsbewirtschaftung wurde die Rechtsprechung bewogen, die Beschränkung des klassischen Enteignungsbegriffs auf Sacheigentum aufzugeben. Später hat die Rechtsprechung daran festgehalten, obwohl die Schöpfer der Weimarer Verfassung bei der Normierung des Eigentumsschutzes in Art. 153 zu dem Gedanken der klassischen Enteignung zurückkehren wollten, der nur Sacheigentum erfaßte²⁾.

Daraus ergibt sich für den Enteignungsbegriff des Grundgesetzes: Selbst wenn der Parlamentarische Rat bei der Schaffung des Art. 14 GG noch den Eigentumsbegriff im Auge gehabt haben sollte, den Rechtsprechung und Rechtslehre zu Art. 153 WRV entwickelt hatten - wie das Bundesverfassungsgericht meint³⁾ -, mithin den "Eigentums- und den Enteignungsbegriff nach dem Grundgesetz möglicherweise enger, keinesfalls aber extensiver als nach der Weimarer Verfassung hätten fassen wollen", hätte die Rechtsprechung immer noch die Möglichkeit, wenn nicht sogar die Aufgabe, den Art. 14 GG so auszulegen, daß er sowohl der gegenwärtigen Sozialstruktur unserer Gemeinschaft und Gesellschaft als auch den gegenwärtigen Wertvorstellungen unseres Grundgesetzes gerecht wird.

Wenn auch der Ausdehnung des Eigentumsbegriffs durch den Bundesgerichtshof soeben zugestimmt worden ist,

- - - - -

1) vgl. Seite 7.

2) Weber, Eigentum u. Enteignung, aaO, S. 338.

3) BVerfGE 2, 399 ff.

so mag die Richtigkeit der Spruchpraxis des BGH, daß er nur subjektiv öffentliche Rechte mit Vermögenswert - dann aber auch alle - dem Eigentumsschutz unterstellt, einstweilen noch dahinstehen. Andere Rechtspositionen oder Rechtsstellungen mit "schwächerem rechtlichen Charakter", wie beispielsweise verschiedene Arten gewerblicher Erlaubnis, schließt er aus¹⁾. Daß der Bundesgerichtshof auch sonst über den Rahmen der gewerberechtlichen Erlaubnisse hinaus den Schutz nur auf subjektiv öffentliche Rechte mit Vermögenswert beschränkt wissen will, geht aus folgenden Entscheidungen hervor.

Das Oberlandesgericht in Bremen präjudizierte in dem Urteil vom 11.5.1955²⁾ den gesteigerten Gemeingebrauch des Straßenanliegers (Anliegergemeingebrauch) als subjektives öffentliches Recht, das die Befugnis umfaßt, seitens des Anliegers werbend auf die Straßenpassanten einzuwirken. Durch die Freigabe einer städtischen Fläche, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet war, sei in das Recht des Anliegers auf den ihm zustehenden Gemeingebrauch eingegriffen worden, was eine Entschädigungspflicht zur Folge habe. Das Gericht stützt sich dabei auf Forsthoff³⁾ und Huber⁴⁾ und sieht in der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs einen enteignungsgleichen, entschädigungspflichtigen Eingriff.

Dieser bedenklichen Begründung trat der BGH⁵⁾ im Revisionsverfahren entgegen. Er umging die Frage nach der Rechtsnatur des Gemeingebrauchs, den er damit gewissermaßen auch schon von dem Eigentumsschutz ausschloß, und stützte seine Entscheidung darauf, daß in der Verletzung des Gemeingebrauchs ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb lag, da jede widerrechtliche Beeinträchtigung der gewerblichen

- - - - -

1) BGHZ 15, 17 ff = NJW 1954, 1807 (Apothekenurteil).

2) OLG Bremen in BB 1955, S. 683/684.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, 8. Aufl., S. 340/341.

4) E.R. Huber, DÖV 1955, S. 129.

5) Urteil d. BGH v. 28.1.1957 in MDR 1957, S. 670.

Betätigung für ausreichend erachtet wird, wenn sie einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes darstellt.

In dem Urteil vom 29.11.1951¹⁾ versagt der BGH eine Entschädigung, da er in der polizeilichen Erlaubnis zum Kuchenverkauf an Sonntagen nur eine Ausnahmegewilligung sieht, die kein subjektives öffentliches Recht beinhaltet, sondern im Sinne des Art. 14 GG nur eine tatsächliche Chance darstellt. Es wird zum Ausdruck gebracht, daß ein Aufopferungsanspruch nur dann gegeben ist, wenn in ein wohlerworbenes Recht eingegriffen worden ist, nicht, wenn diese tatsächlichen Vorteile, auf deren Fortbestand kein Anrecht besteht, entzogen werden.

Der BGH prüft hier zwar ausdrücklich nur eine Entschädigungsmöglichkeit nach den §§ 74, 75 Einl.AL.R. und geht nicht darauf ein, ob eine Entschädigung aus Enteignung oder enteignungsähnlichem Eingriff vorliegt. Das war aber auch nicht erforderlich, da der BGH - wie sich aus der späteren Entscheidung des Gr. Zivilsenats des BGH²⁾ ergab - nur die subjektiven öffentlichen Rechte in den Eigentumsschutz einbeziehen wollte, zu denen die polizeiliche Erlaubnis zum Kuchenverkauf an Sonntagen nicht gehört.

Auch die Zuweisung einer Wohnung und die Aufforderung der Wohnungsbehörde an den Grundstückseigentümer, mit dem früheren Mieter einen Mietvertrag abzuschließen, begründen für den Begünstigten keine Rechtsposition, die einer Enteignung fähig ist. Diese These wird vom BGH in einer weiteren Entscheidung vom 5.5.1955³⁾ verfochten. Die der Entscheidung zugrunde liegende Maßnahme stellte sich lediglich als behördliches Gebot zum Abschluß eines Rechtsverhältnisses, nämlich eines Mietvertrages, dar, so daß es sich nur um einen

1) BGH in Arch.f.ö.Recht, Bd. 78, 102 ff.

2) BGHZ 6, 270 ff.

3) BGH in Lindenmayer-Möhring, Nr. 40 zu Art. 14 GG.

begünstigenden Verwaltungsakt handelte, der jedoch für den Berechtigten noch kein Recht begründete, das Gegenstand einer Enteignung sein kann. Denn der Begünstigte erhält durch die Verfügung des Wohnungsamtes, die ihm weder einen Anspruch auf Abschluß eines Mietverhältnisses zusichert noch ein sonstiges subjektives Recht verleiht, überhaupt keine Rechtsposition, die auch bei weitester Auslegung unter den Eigentumsbegriff gebracht werden kann.

Der BGH will somit die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG auf jedes vermögenswerte Recht beziehen, gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehört.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht setzte dem neuen Kurs des Bundesgerichtshofes erheblichen Widerstand entgegen. Gegenüber dem BGH hat das Bundesverfassungsgericht seit 1952 in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich den Standpunkt vertreten, daß vermögenswerte öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen seien.

Im Urteil vom 30. 4. 1952¹⁾ hatte das Bundesverfassungsgericht darüber zu entscheiden, ob § 1 des Bundesgesetzes zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. 1. 1952, wonach die Bestellung des Bezirksschornsteinfegermeisters mit dem Ablauf des Kalendervierteljahres, in dem der Betroffene die Altersgrenze von 70 Jahren erreicht, kraft Gesetzes erlischt, verfassungswidrig sei.

Das Bundesverfassungsgericht führt bei dieser für seine spätere Rechtsprechung grundlegenden Entscheidung aus²⁾, daß das Erlöschen der Bestellung nur dann eine verfassungswidrige Enteignung sei, wenn der "gesicherte Bestand eines Gewerbeausübungsrechtes" als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG betrachtet werden könne.

1) BVerfGE 1, S. 264 ff = NJW 1952, 864 = DÖV 1952, 632 = BB 1952, 358.

2) BVerfGE 1, S. 277/278.

Das Bundesverfassungsgericht verneint das unter Bezugnahme und Verwertung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, indem es zunächst eine scharfe Unterscheidung trifft zwischen dem rein privaten (freien) Handwerksbetrieb und dem mehr "öffentlichen" Handwerksbetrieb des Schornsteinfegermeisters. Während der Inhaber des ersteren Betriebes seinen Betrieb durch eigene Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem durch den Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem von ihm das Unternehmerisiko getragen wird und der für ihn einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt, ist bei dem mehr öffentlich ausgerichteten Handwerksbetrieb des Schornsteinfegermeisters dem Inhaber ein Kehrbezirk durch Verwaltungsakt übertragen worden, ohne daß er auch nur einen nennenswerten Kapitaleaufwand zu leisten hat, kein Unternehmerrisiko trägt und seinen Betrieb auch nicht im Rechtsverkehr verwerten kann.

Der Betrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters kennzeichne sich als ein Handwerksbetrieb, bei dem die privatrechtlichen Wesenszüge ganz zurücktreten, die öffentlich-rechtlichen Elemente dagegen überwiegen. Der Bezirksschornsteinfegermeister gelange durch die staatliche Verleihung des Kehrbezirks in eine durch Kehrzwang und Kehrmonopol bestimmte Rechtsstellung, die von vornherein durch das Gesetz im einzelnen geregelt sei und auch weiterhin in ihrer Einzelausgestaltung der Verfügung des Gesetzgebers unterliege.

Das Grundgesetz aber habe das Eigentum schützen wollen, "so wie das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen es geformt haben". Dieser Schutz könne aber "nicht auf eine vorwiegend durch das öffentliche Recht gewährte Rechtsposition erstreckt werden, der alle den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmale" fehlten.

Wenn das Bundesverfassungsgericht hier noch kategorisch verneint, daß der Verfassungsschutz des Eigentums "auf eine vorwiegend durch das öffentliche Recht gewährte Rechtsposition erstreckt werden könne", wobei es allerdings den Risikomangel, den geringen Kapitalaufwand und die Nichtverwertbarkeit im Rechtsverkehr in Betracht zieht, so läßt das Gericht doch schon hier die Möglichkeit offen, auch durch das öffentliche Recht gewährte Rechtspositionen dann als Eigentum im Sinne der Verfassung anzuerkennen, wenn ihnen die den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmale innewohnen. Seine prinzipielle Ablehnung hat es in späteren Entscheidungen immer weiter dahin eingeschränkt, daß es letztlich die Möglichkeit von Ausnahmen ausdrücklich offenläßt.

In der Entscheidung vom 1.7.1953¹⁾, in der das Bundesverfassungsgericht über die öffentlich-rechtlichen Ansprüche, die der Staat in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht den Bürgern durch Gesetz einräumt (hier Haftentschädigung eines politisch Verfolgten), zu befinden hatte, erklärt es²⁾, daß der Begriff Eigentum im Sinne des Art. 14 GG "jedenfalls grundsätzlich nicht vermögenswerte Rechte des öffentlichen Rechts" umfasse. Das Bundesverfassungsgericht ließ aber hier schon ausdrücklich die Frage offen, "ob öffentlich-rechtliche Ansprüche denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen".

Der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, dem Grundgesetzgeber sei die bis dahin herrschende Meinung, wonach der dem Art. 14 GG entsprechende Art. 153 WRV sich nur auf private Vermögensrechte bezog, bekannt gewesen, ist nur ein wenig durchschlagendes Argument. Die Feststellung des Gerichts, daß der Enteignungsbegriff des Grundgesetzes "möglicherweise enger, keinesfalls aber extensiver zu interpretieren" sei als nach der

1) BVerfGE 2, S. 380 ff (399-403) = NJW 1953, 1137/1138

2) BVerfGE 2, S. 399 und 402.

Weimarer Verfassung, ist nicht überzeugend. Das Gericht erkennt dabei den Zusammenhang des Enteignungsbegriffs mit der allgemeinen Entwicklung des Eigentums und des persönlichen Freiheitsbereiches, worauf schon an anderer Stelle hingewiesen worden ist¹⁾. Denn im Gegensatz zur Weimarer Verfassung hat das Grundgesetz die Möglichkeit des Ausschlusses einer Entschädigung ausdrücklich verneint und dadurch den Schutz des Eigentums wesentlich verstärkt. Es würde aber dem Sinn des Grundgesetzes widersprechen, daraus nun den Schluß zu ziehen, deshalb nun den Enteignungsbegriff enger auszulegen.

In dem Urteil vom 24. 7. 1953²⁾ stellte das Bundesverfassungsgericht fest, daß das durch Art. 14 geschützte Eigentum keinesfalls solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche umfasse, "die Ausfluß der Fürsorgepflicht des Staates" seien³⁾.

Nach dem Urteil vom 17. 12. 1953⁴⁾, das die Rechtmäßigkeit der Kürzung oder Entziehung der beamtenrechtlichen Versorgungsbezüge zum Gegenstand hatte, gilt die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG überhaupt nicht für die "öffentlich-rechtlichen vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten", und zwar insbesondere deshalb nicht, weil diese ihre Grundlage in dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, also in einem besonderen Gewaltverhältnis, haben, das in Art. 33 GG eine verfassungsrechtliche Sonderregelung gefunden habe.

Mit dem bekannten Junktim-Beschluß vom 21. 7. 1955⁵⁾ hält das Bundesverfassungsgericht an seiner bisherigen zurückhaltenden Rechtsprechung fest, läßt aber nach wie vor Ausnahmemöglichkeiten durchaus offen.

- - - - -

1) vgl. oben Seiten 3 u. 4 und Seiten 26 u. 27/28

2) BVerfGE 3, S. 4 ff.

3) BVerfGE 3, S. 11.

4) BVerfGE 3, S. 58 ff. (153 = NJW 1954, S. 21 ff.)

5) BVerfGE 4, S. 219 ff = NJW 1955, 1268.

Unter ausdrücklicher Hervorhebung seiner bis dahin geltenden Rechtsprechung und unter Bezugnahme darauf ist das Bundesverfassungsgericht sogar noch entgegenkommender und erklärt für den Anspruch des Zusicherungsinhabers auf Unterbringung (Weiterbeschäftigung) im öffentlichen Recht¹⁾, daß es "daran festhalte, daß Art. 14 GG weder auf alle subjektiven öffentlichen Rechte noch auch nur auf alle vermögenswerten öffentlichen Rechte zu erstrecken sei. Schon die Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über die Abgrenzung und die Tendenz einer zunehmenden Ausweitung des Begriffs des subjektiven öffentlichen Rechts schlossen eine solche Annahme aus. Bei dieser Rechtslage brauche nicht geprüft zu werden, ob es sich bei dem Anspruch des Zusicherungsinhabers überhaupt um ein subjektiv öffentliches Recht handle".

Maßgebend war danach allein²⁾, "ob die Zusicherung ihrem Inhalte nach eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen des Eigentums so nahe kommt, daß Art. 14 GG Anwendung finden muß".

Damit nimmt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich eine ablehnende Stellung gegenüber dem Bundesgerichtshof ein, stimmt der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu³⁾ und versagt in den von ihm behandelten Fällen den subjektiv öffentlichen Berechtigungen jeweils die Aufnahme in den Bereich des geschützten Eigentums. Immerhin läßt die letzte und für die weitere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geradezu richtungsweisende

- - - - -

1) BVerfGE 4, S. 240/241.

2) Darin klingt die in der Entscheidung im Band 3, Seite 153 getroffene Feststellung wieder an, wonach immerhin "öffentlich-rechtliche Ansprüche denkbar sind, die so stark privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie diesem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen".

3) BVerfGE 2, 401.

Entscheidung die Möglichkeit offen, daß bestimmte vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte durch Art. 14 GG geschützt werden können.

Zusammenfassend ist zur einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sagen: Das Gericht bewahrt sich stets die Möglichkeit zu differenzierenden Lösungen und verzichtet auf summarische Thesen. Es stempelt die privatrechtlichen Elemente öffentlicher Berechtigungen zum begriffsbildenden und -unterscheidenden Merkmal über das bloße Indiz hinaus.

3. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in mehreren Entscheidungen mit der Frage des Eigentumsschutzes von subjektiv öffentlichen Rechten zu befassen und schloß sich im Ergebnis und in der Begründung den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an.

Bei der Frage, ob § 19 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen vom 11. Mai 1951 (131er-Gesetz) wegen des sogenannten Beförderungsschnitts gegen Art. 14 GG verstoße, beruft sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 28.3.1956¹⁾ auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.1953²⁾, wonach die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten und Versorgungsempfänger ihre Grundlage in dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis haben, das in Art. 33 Abs. 5 GG eine verfassungsmäßige Sonderregelung gefunden habe.

In einem weiteren Fall, in dem sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Umfang des geschützten Eigentums im Sinne des Art. 14 GG auseinander zu setzen hatte, befaßte es sich in seinem Urteil

- - - - -

1) BVerwG in DVBl. 1956, S. 648.

2) BVerfGE 3, 58 ff. (153).

vom 3.5.1956¹⁾ mit der Frage, ob § 5 des Hebammengesetzes vom 21.12.1938 (RGBl. 1938 I S. 1893) in Verbindung mit § 1 der 4. DVOz.Hebammengesetz, nach dem die Altersgrenze für Hebammen auf 70 Jahre festgesetzt worden war, eine Enteignung darstelle. Nach § 5 Abs. 2 des Gesetzes erlöschen nämlich mit der Erreichung der Altersgrenze die Anerkennung als Hebamme und die Niederlassungserlaubnis.

Hier untersucht das Gericht den Eigentumsbegriff im Sinne des Art. 14 GG. Im Anschluß an die übernommene Begründung des Bundesverfassungsgerichts²⁾ stellt das Bundesverwaltungsgericht ausschließlich auf die Frage ab, ob ein "eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb" - also letzten Endes ein Recht mit privatrechtlichem Charakter - vorliege, der aber auch nur dann als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG angesehen werden könne, wenn es sich um einen Betrieb handle, den der Inhaber nicht nur durch seine Arbeit und seine persönlichen Fähigkeiten, sondern vor allem auch durch Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen habe, bei dem er das Unternehmerrisiko trage und der für ihn einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensgegenstand darstelle.

Das von der Hebamme ausgeübte Gewerbe entsprach diesen Erfordernissen nicht.

An dieser Stelle sei vorab kritisch vermerkt, daß diese Begründung irrig ist, weil das Bundesverwaltungsgericht von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist, worauf insbesondere Menger³⁾⁴⁾ schon hingewiesen hat.

- - - - -

1) BVerwGE 3, S. 254 ff = DVBl. 1956, S. 616/617 = NJW 1956, S. 153.

2) BVerfGE 1, S. 265 ff (277).

3) Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv Band 48 (Jahrgang 1957), S. 176 ff.

4) So auch Werner, Anm. z. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 3.5.1956, Dt. VBl. 1956, 618/619.

Der Hebammenberuf ist wie alle Heilberufe kein "Gewerbe" im eigentlichen Sinne und mit einem "eingerichteten und ausgeübten Betrieb" überhaupt nicht zu vergleichen. Das Bundesverwaltungsgericht konnte schon deshalb insoweit keine Parallelen zu der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ziehen.

Es hätte die Frage stellen und entscheiden müssen, ob die Hebammentätigkeit als öffentlich gebundener Beruf eine dem öffentlichen Recht angehörige Rechtsposition darstellt und sie dem Begriff des Eigentums im Sinne des Art. 14 GG zuzurechnen ist. Zu dieser Entscheidung konnte das Gericht jedoch bei seiner verfehlten Fragestellung gar nicht kommen; es hat vielmehr versäumt, zu dieser außerordentlich streitigen Frage Stellung zu nehmen.

Bei den weiteren Erörterungen können deshalb die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts wegen ihrer Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht oder wegen Unergiebigkeit außer Betracht bleiben.

II. Die Auffassungen im Schrifttum

1. Kein Schutz für subjektiv öffentliche Rechte durch Art. 14 GG

Im Schrifttum wird die Einbeziehung subjektiv öffentlicher Rechte in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG im Gegensatz zur Zeit der Weimarer Verfassung heute nur noch von ganz wenigen abgelehnt. Die herrschende Lehre strebt im Anschluß an die vom Bundesverfassungsgericht vertretene Auffassung eine differenzierende Lösung an. Fast alle Autoren, die sich näher mit dem Problem befaßt haben, machen sich die These Webers ¹⁾ zu eigen, daß "in Wahrheit nicht nur privatrechtliche

1) Weber, aaO, 1954, S. 354.

Berechtigungen und andererseits auch nicht jede öffentliche Berechtigung von Vermögenswert als "Eigentum" aufzufassen seien".

E.R. Huber allerdings, der schon unter der Geltung der Weimarer Verfassung die Meinung vertreten hatte, daß der Schutz des Art. 153 WRV sich nicht auf subjektiv öffentliche Rechte beziehen könne¹⁾, klammert auch heute noch die subjektiven öffentlichen Rechte unterschiedslos aus dem Eigentumsbegriff der Verfassung aus²⁾. Nach der gefestigten und überlieferten Rechtsansicht müßten diese Rechte von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ausgeschlossen werden; denn eine Ausdehnung des Eigentumsbegriffs auf vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte würde das Wesen der Eigentumsgarantie "denaturieren" und den Enteignungsbegriff ins Uferlose ausweiten³⁾. Folgerichtig - so meint Huber - müßten dann neben den gewerblichen Konzessionen, Erlaubnissen und Genehmigungen aller Art auch beispielsweise die Beamtenrechte durch die Eigentumsgarantie gedeckt" werden. Die unabdingbare Entschädigungsklausel des Art. 14 Abs. 3 GG könne aber für sie - nach Huber⁴⁾ - nicht gelten, auch wenn -wie er zugeben muß- die Vermögenslage des Betroffenen durch den Eingriff in erheblichem Maße geschmälert werden kann. Der selben Auffassung ist heute auch noch H.J. Abraham⁵⁾.

- - - - -

- 1) Vgl. die Ausführungen auf Seite 13/14.
- 2) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 1954, S. 8/9 und 1920.
- 3) E.R. Huber, aaO, S. 19.
- 4) E.R. Huber, aaO, S. 20.
- 5) H.J. Abraham, in Bonner Kommentar zu Art. 14 GG, Anm. II 2, Abs. 2 und 3.

2. Schutz für alle subjektiven öffentlichen Rechte durch Art. 14 GG

Die gegenteilige Auffassung, daß sich der Eigentumsbegriff auf alle vermögenswerten subjektiven öffentlichen Rechte erstrecke, vertreten mit dem Bundesgerichtshof in diesem Umfange nur noch Stödter¹⁾, Haas²⁾ und Giese³⁾.

Stödter weist bei seiner Besprechung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes noch einmal auf die von ihm schon früher vertretene Auffassung hin, die er seinerzeit gegen die herrschende Lehre eingehend begründet hatte⁴⁾, und geht erneut auf sie ein. Nach seiner Ansicht muß es sich aber immer um ein Recht handeln, nicht nur um eine bloße Befugnis⁵⁾.

Haas⁶⁾ stellt bezüglich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG private Rechte und subjektiv öffentliche Rechte einander gleich. Allerdings sieht er nur solche subjektiv öffentlichen Rechte als Teil des Eigentums an, welche vom Staat verliehen werden. Dazu gehören nach seiner Auffassung nicht die Genehmigungen, die lediglich - gestützt auf ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt - die allgemeine Freiheit wieder herstellen. In diesen Fällen habe nämlich die Verbotsnorm nur den Zweck, eine vorgeschaltete Prüfung daraufhin zu ermöglichen, ob die gesetzlichen Schranken der Freiheit im gegebenen Fall zu Recht bestehen oder nicht. Zu diesem - nicht zum Eigentum gehörenden und deshalb nicht enteignungsfähigen - Typus rechnet Haas insbesondere die gewerberechtlichen Genehmigungen und die Baugenehmigungen.

- - - - -

- 1) Stödter, Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953, S. 97 ff.
- 2) Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 34 und 74.
- 3) Giese, Enteignung ohne Ende, DRiZ 1953, S. 61.
- 4) Stödter, öffentlich. rechtl. Entschädigung, 1933, S. 158 ff.
- 5) Stödter, Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953, S. 98.
- 6) Haas, System der öffentl. rechtl. Entschädigungspflichten, 1955, S. 34 und 74 und "Wiederum: Eigentum und Enteignung, MDR 1952, 648 ff (650).

3. Die differenzierende Lösung der herrschenden Lehre

Im Schrifttum haben sich vornehmlich Ipsen, Dürig, Scheuner, Weber, Forsthoff und Schack mit der Frage auseinandergesetzt, wieweit öffentliche Berechtigungen den Schutz des Eigentums gemäß Art. 14 GG verdienen und sich um die nähere Spezifizierung im Sinne einer differenzierenden Lösung bemüht.

Um das Ergebnis ihrer Überlegungen im Groben gesehen vorwegzunehmen, ziehen sie das Fazit, daß nicht nur privatrechtliche Berechtigungen, andererseits aber auch "nicht alle öffentlichen Berechtigungen von Vermögenswert als Eigentum aufzufassen seien". So jedenfalls formuliert es Weber¹⁾. Im Grunde genommen kommen alle zu demselben Resultat. Ihre Ergebnisse schlagen sich jedoch in eigenen, insoweit ungleichen Formulierungen nieder. Ihre Versuche der Klärung und Erläuterung gingen dahin, einen Mittelweg zwischen der grundsätzlich bejahenden Form des Bundesgerichtshofes und der verneinenden Form des Bundesverfassungsgerichts zu finden. So wie sie auf der einen Seite ablehnen, daß jedes subjektive öffentliche Recht der Eigentums-garantie unterfällt, so verneinen sie die ablehnende Haltung des Bundesverfassungsgerichts. Die Arbeit der genannten Autoren war auf eine Vermittlung zwischen den Gegensätzen gerichtet. Sie versuchten, einerseits von Fall zu Fall, dann aber auch für gewisse Rechte oder für bestimmte Kategorien von Rechten ein befriedigendes Ergebnis für den Eigentumsschutz zu finden, wobei ihre Lösung zwischen den Standpunkten des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts liegen mußte. Eine gewisse Schwierigkeit war darin gegeben, daß Thesen geschaffen werden mußten, die die Gerichte übernehmen konnten. Die Autoren haben es auch verstanden, durch ihre differenzierende Methode die Rechtsprechung zu befruchten, was insbesondere in der allseits Anerkennung findenden Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 19.3.1957²⁾ zum Ausdruck gekommen ist.

- - - - -

1) Weber, Eigentum und Enteignung, in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Band 2, 1954, S. 331 ff (354), vgl. auch S. 39.

2) BVerfGE 10, 1257, 1261.

Die Schwierigkeit bei der differenzierenden Lösung liegt besonders darin, daß sich kaum eine bestimmte Regel aufstellen läßt, sondern allenfalls für eine bestimmte Kategorie von Rechten etwas Allgemeingültiges bezüglich der Eigentumsgarantie festgestellt werden kann. Die Autoren haben für bestimmte Gruppen von Rechten oder auch für einzelne Rechte diese Feststellungen getroffen. Auf jeden Fall harren aber noch viele Gruppen oder einzelne Rechte der Beurteilung und Unterteilung¹⁾. Der Versuch einer Klärung, ob eine allgemein gemischt persönliche und dingliche Gewerbeerlaubnis, insbesondere aber die Verkehrsbetriebserlaubnis, Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sein kann, soll im folgenden unternommen werden; denn diese Frage ist weder von der Rechtsprechung noch vom Schrifttum im einzelnen hinreichend beantwortet worden.

Ipsen²⁾ der eine solche differenzierende Lösung befürwortet, tritt für die Aufnahme einer beschränkten Anzahl von subjektiven öffentlichen Rechten in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechtspositionen ein³⁾. Einige bestimmte Rechte will er jedoch ausschließen. Nach Auffassung von Ipsen genießen angesichts der heutigen engen Verflechtung früher noch säuberlich getrennter privat- und öffentlich-rechtlicher Gestaltungen und Rechtssphären vertragliche oder durch Zusicherungen begründete öffentlich-rechtliche Ansprüche, Leistungen aus Dienst-

- - - - -

- 1) Hierzu beizutragen soll die Aufgabe des Verfassers sein, vgl. Einleitung S. 1 und 2. Gerade die gemischt persönliche und dingliche Gewerbeerlaubnis, insbesondere die Verkehrsbetriebserlaubnis ist für diese Untersuchung besonders geeignet. Sie scheint nämlich alle die Merkmale in sich zu vereinigen, die erforderlich sind, um sie dem Eigentumsschutz zuordnen zu können.
- 2) Anm. zu dem Urteil des BVerfG. v. 1. Juli 1953, JZ 1953, S. 663 ff (664).
- 3) Früher war nach seiner Auffassung unter enteignungsfähigem Eigentum nur jedes vermögenswerte Privatrecht zu verstehen: Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, in: Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Hamburg, 1932, S. 172.

verhältnissen und der Sozialversicherung, steuerrechtliche Erstattungsansprüche, Ansprüche aus Zusicherungen und Rechtsverleihungen und aus anderen Hoheitsakten im Rahmen des Interventionsverwaltungsrechts den Eigentumsschutz des Art. 14 GG. Ipsen geht davon aus¹⁾, daß die Frage des Eigentumsschutzes subjektiv öffentlicher Rechte weder generell bejaht noch verneint werden kann, so daß sowohl allgemeine Feststellungen, wie der Bundesgerichtshof sie getroffen hat, als auch die verallgemeinernde gegenteilige Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verfehlt erscheinen. Nach Ipsen ist nämlich der Gesamtkomplex aller subjektiv öffentlichen Berechtigungen viel zu weitschichtig und differenziert, "um derartig simplifiziert zu werden". Ausgehend von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zählt er Ansprüche öffentlicher Verwaltungsträger auf Finanzausgleichszuwendungen nicht zu den subjektiven öffentlichen Rechten, die den Eigentumsschutz des Art. 14 GG genießen. Er schließt auch die eigenartige Rechtsposition bestimmter öffentlich-rechtlich gestalteter Gewerbe ohne privatrechtliche Wesenszüge, wie beispielsweise das Gewerbe des Bezirksschornsteinfegermeisters, vom Eigentumsschutz aus. Solche Rechte, die der Staat selbst geschaffen hatte, soll er auch im Rahmen der Gesetze oder durch sie wieder entziehen können. In den Fällen jedoch, in denen die vom Staat begründete öffentlich-rechtliche Position überhaupt erst die ermöglichende Grundlage für eine privatrechtlich-wirtschaftliche Betätigung bildet, wo sie die Voraussetzung für eine Existenz- und Lebensbasis darstellt, die der Inhaber der Berechtigung "durch seine Arbeit, durch seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem auch durch den Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem er das Unternehmerrisiko trägt und der für ihn einen im Rechtsverkehr verwertbaren

- - - - -

1) Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, Rechtsgutachten, (Juni) 1954, S. 47.

Vermögensbestandteil darstellt", dringt nach Ipsen¹⁾, gestützt auf BVerfGE 1, S. 277, der in der Privatrechtsordnung liegende Kern des Eigentumsbegriffs durch, so daß Art. 14 GG anwendbar ist.

Dürig²⁾ geht davon aus, daß es für das elementare Recht auf den Bestand an materiellen Gütern begrifflich gleichgültig ist, ob diese Sicherung durch Grundstücke, bewegliche Sachen oder private Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte erreicht wird. Es muß sich dabei jedoch um Sicherungen handeln, die in einem redlich erworbenen, rechtsbeständigen Recht bestehen und nicht nur Chancen, Interessen, Vorteile und faktische Machtpositionen sind. Im Anschluß an Ipsen hat Dürig nun versucht, den Sammelbegriff des subjektiven öffentlichen Rechts aufzuteilen und gewisse Graduierungen zu schaffen. Dürig³⁾ scheidet zunächst alle subjektiven öffentlichen Rechte aus, bei denen der Rechtsträger in öffentlich-rechtlicher Eigenschaft berechtigt ist. Demzufolge billigt er die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 129, 246 bezüglich der Unterhaltsansprüche von Schulgemeinden gegen den preußischen Staat und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes in DÖV 1952, 278 bezüglich der Ansprüche der Landkreise auf Staatszuschüsse. Dem Eigentum im Sinne des Art. 14 GG rechnet Dürig nur die subjektiven öffentlichen Rechte des einzelnen Staatsbürgers gegen den Staat im weiteren Sinne zu.

Die Unterteilung dieser subjektiven Rechte muß nach seiner Auffassung⁴⁾ "nach der aufgewendeten Privatmühe des Erwerbs"

- - - - -

1) aaO, S. 47.

2) Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954, S. 4 ff (9).

3) JZ 1954, S. 9 Anm. 27 und "Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger", Festschrift für Apelt, S. 13 ff (37/38).

4) JZ 1954, S. 9 Anm. 27, Festschrift S. 41.

graduieren. So rechnet er dem Art. 14 jene subjektiv öffentlichen Rechte zu, "die sich der einzelne zur Sicherung seines Lebensabends "erdient" hat" (z.B. Sozialversicherungsansprüche und Ruhegehaltsansprüche). Dazu gehört auch das Recht des Bezirksschornsteinfegermeisters auf eine bestimmte Form der Altersversorgung. Andererseits spricht er solchen Rechten, die "unerdient" vom Staat in der Form der "Wohlfahrtsspendung" gewährt worden sind, den Eigentumscharakter ab, da diesen von vornherein ein Widerrufsvorbehalt in Form der entschädigungslosen Entziehung innewohnt.

Dürig versucht andererseits über den Grundrechtssatz von der Menschenwürde¹⁾ den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG festzulegen: Wenn nämlich Art. 1 Abs. 1 GG im ökonomischen Lebensbereich verlangt, daß alle Güter, die der Mensch braucht, um nach dem vorrechtlich konstituierten und vom Grundgesetz als oberstem Rechtswert anerkannten Leitbild vom Menschen leben zu können, unantastbar sind, und wenn weiter Art. 19 Abs. 2 GG in seinem Verhältnis und bezogen auf Art. 14 GG besagt, daß der unantastbare Wesensgehalt des Eigentumsgrundrechts in der Verfügungsmacht über jene Güter besteht, die notwendig sind, um sich und der anvertrauten Familie ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, dann kann die Schutzaufgabe des Art. 14 GG nicht nach der Art der Güter bemessen werden, sondern dann müßten Sachen bestimmten Berechtigungen gleichgestellt werden. Eine Auslegung der Verfassung im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht möglich. Die praktische Folgerung daraus in der Form der Umkehrung bedeutet, daß subjektiv öffentliche Rechte in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte einbezogen werden müssen. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 2 GG erscheint es deshalb angebracht und sinnvoll, zumindest jene

- - - - -

1) "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", Arch. des Öffentl. Rechts, Bd. 81 (42. Bd. N.F.), 1956, S. 141 (142/143).

subjektiv öffentlichen Berechtigungen, die der Sicherung der eigenen Existenz des Inhabers und der seiner Familie dienen, von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erfassen zu lassen. Eine andere Auslegung würde auch geradezu wirklichkeitsfremd und lebensfremd sein, da eine große Zahl von Staatsbürgern auf verdiente öffentliche Ansprüche auf Versorgung angewiesen sind, und ein Privatvermögen im überlieferten Sinne meist nicht mehr vorhanden ist.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erläutert Dürig diese Feststellungen und stellt im einzelnen die Voraussetzungen auf, die zur Schaffung des Eigentums im Sinne des Art. 14 GG erforderlich sind¹⁾. Unabhängig vom Bundessozialgericht gelangt er an anderer Stelle²⁾ zu denselben Ergebnissen, die sich auch in der Formulierung fast gänzlich mit den Ausführungen des Bundessozialgerichts decken. Darauf ist später zurückzukommen³⁾.

Nach Scheuner⁴⁾ können alle persönlichen, vom Rechte geschützten Rechtspersonen, die einen vermögenswerten Gehalt aufweisen, Gegenstand der Enteignung sein. Geschützt sind nicht bloße rechtlich ungesicherte Interessen, Erwartungen und tatsächliche vorteilhafte Auswirkungen einer Gesetzeslage oder einer Verwaltungspraxis, wie Steuervorteile, gewerbliche Betätigungsfreiheiten vor einer Neuregelung der beruflichen Erfordernisse oder geschäftliche Aussichten. Scheuner geht jedoch einen erheblichen Schritt weiter. Er sieht es nicht als erforderlich an, daß in jedem Fall ein subjektives Recht im strengen Sinne vorliegt, eine rechtlich gesicherte Position wirtschaftlicher Art reicht aus.

- - - - -

1) Anm. z. Urteil des Bundessozialgerichts v. 19. 3. 57 in JZ 1958, S. 22 ff. und Festschrift, S. 13 ff.

2) Dürig, Festschrift für Apelt, S. 13 ff.

3) s. u. S. 60 und 92 ff.

4) Scheuner in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 63 ff (96/97).

Dabei brauchen diese geschützten Vermögensrechte nicht dem privaten Recht anzugehören. Denn da das öffentliche Recht in weitem Umfang heute in den privaten, persönlichen Bereich hineingreift (z.B. im Wohnungsrecht, bei dem Gewerbebetrieb, bei Produktions- oder Handelskontingenten) und sich so eng mit privatrechtlichen Positionen verbindet, können nach Scheuner auf diesen Gebieten in begrenztem Umfang auch öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen dem Eigentum zugeordnet werden. Im Anschluß an die vom Bundesverfassungsgericht¹⁾ vorsichtig geprägte Formulierung, wonach "öffentlich-rechtliche Ansprüche denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen", will Scheuner den Eigentumsbegriff entsprechend der wachsenden Verbindung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Elemente in manchen wirtschaftlichen Gebieten erweitert sehen. Er stimmt dem Bundesverfassungsgericht zu, daß der Eigentumsbegriff im Art. 14 GG im Kerne auf der Privatrechtsordnung beruht. Im Sinne einer Ausdehnung und Erweiterung umfaßt die Eigentumsgarantie jedoch auch solche öffentlich-rechtlichen Rechtsstellungen, "die, wie Gewerbe Konzessionen, Wohnraumzuweisungen, Bauerlaubnisse und Kontingentszuteilungen, die Grundlage für eine privatrechtliche wirtschaftliche Tätigkeit bilden" ²⁾.

Jene Rechtspositionen allerdings, die nicht mit der persönlichen und privaten Rechtssphäre zusammenhängen, sondern dem Verfassungsrecht oder dem Gebiet der Organisation und den öffentlichen Aufgaben des Staates angehören oder die auf der Fürsorge des Staates für den Bürger oder der Heranziehung zu öffentlichen Lasten beruhen, gehören nach Ansicht Scheuners nicht zum Eigentumsbegriff des Art. 14 GG.

- - - - -

1) BVerfGE 2, 380 ff.

2) aaO, S. 98.

Denn Art. 14 GG will die wirtschaftliche Lebensbasis gewährleisten; zu ihr zählen unter gewissen Umständen, in denen ein Zusammenhang mit privatrechtlichen Berechtigungen vorliegt oder die Voraussetzung privatrechtlicher Betätigung erst durch das öffentliche Recht gegeben wird, auch und gerade öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen.

Scheuner billigt an anderer Stelle¹⁾ zwar im Ergebnis die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Band I, Seite 278, wonach das Bundesverfassungsgericht in der bundesgesetzlichen Einführung einer Altersgrenze für Bezirksschornsteinfeger keine Enteignung erblickt, aber nicht deshalb, weil die Rechtsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters kein Eigentum im Sinne des Art. 14 GG darstellt, sondern weil die Einführung einer bestimmten Altersgrenze, verbunden mit einer Rentenversorgung, keine Entziehung des Rechtes, sondern eine nach Art. 14 Abs. 1 GG zulässige Umgrenzung und Inhaltsbestimmung des Eigentums darstellt. In diesem Zusammenhang bringt Scheuner zum Ausdruck, daß zur privaten Sphäre, die durch Art. 14 GG geschützt werden soll, d. h. zum unmittelbaren Rechtskreis individuellen Handelns außerhalb staatlicher Einordnung auch diejenigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Berechtigungen (Gewerbeberechtigungen, wasserrechtliche Verleihungen usw) gehören, ohne die bestimmte private Erwerbsunternehmungen nicht betrieben werden können. Zu den Rechten, die insoweit Art. 14 GG zugeordnet werden müssen, zählen auch vermögensrechtliche Ansprüche des öffentlichen Rechts, wie Erstattungsforderungen, Ausgleichsansprüche in einem System genossenschaftlichen und staatlichen Ausgleichs, die ein Teil der privatrechtlichen Vermögenssphäre sind. Scheuner stellt abschließend fest, daß "abzustellen ist auf den Zusammenhang mit der individuellen Erwerbstätigkeit einerseits (zu der auch

- - - - -

1) Anm. z. Urteil d. Bundesgerichtshofes v. 23.4.1956 (Schornsteinfegerurteil) in DÖV 1956, S. 575.

Zulassungen und Berechtigungen zum Gewerbebetriebe gehören, die nicht precario modo gegeben sind) und mit ziffernmäßig verfestigten Bestandteilen individuellen Vermögens andererseits (z.B. Beamtengehaltsforderungen für vergangene Zeit)".

Scheuner verweist bezüglich der Gewerbeerlaubnis darauf, daß öffentlich-rechtliche Gewerberechte in §§ 16, 51 GewO ausdrücklich Gegenstand von privaten Entschädigungsformen bei Entziehung sind, die auch in einigen Fällen vom Reichsgericht geschützt worden sind (RGZ 107, 377 und Stödter S. 161), wie auch seit jeher echte öffentlich-rechtliche Konzessionen für gewerbliche Unternehmen bei staatlichen Gebietsveränderungen wie Privatrechte geschützt werden¹⁾.

Nach Weber²⁾, der ebenfalls für eine differenzierende Lösung eintritt, sind nicht nur privatrechtliche Berechtigungen und ist andererseits auch nicht jede öffentliche Berechtigung von Vermögenswert als "Eigentum" aufzufassen. Er will vielmehr dann eine öffentlich-rechtliche Rechtsstellung als "Eigentum" ansehen, "wenn ihr Merkmale eignen, die den Eigentumsbegriff konstituieren, wenn in ihr also Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind". Er verweist insoweit als bestes Beispiel auf die Entschädigungspflicht bei der Rücknahme polizeilicher Erlaubnisse (§ 70 Abs. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 1 Buchstaben c und d Pr. PVG). Zu dem Kreis der geschützten Rechte rechnet er auch die durch Leistungen erworbenen Rentenberechtigungen und steuerrechtlichen Erstattungsansprüche.

Nach seiner Meinung ist die Eigentumsgarantie eine Ergänzung und ein Gegenstück zur Freiheitsgarantie.

- - - - -

1) Mosler, Wirtschaftskonzessionen bei Änderung der Staatshoheit, 1948 S. 119 - 124.

2) Weber, "Eigentum und Enteignung", in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band 2, 1954, S. 331 ff. (354).

Der Sinn der Eigentumsgarantie sei es immer gewesen, im Eigentum die entscheidende Grundlage und das ordnende Element für eine möglichst unabhängige Existenzerhaltung und für eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu sichern. Diese Funktion kann in einem modernen Industriestaat das Sacheigentum nicht mehr erfüllen; denn die wirtschaftliche Lebensgrundlage der meisten Menschen und der Wirtschaftsablauf beruhen auf schuldrechtlichen, dinglichen, arbeitsrechtlichen und nicht zuletzt verwaltungsrechtlichen Beziehungen und Rechtsstellungen, die mit dem Sacheigentum nur noch in lockerem Zusammenhang stehen. Die wirtschaftliche Existenzgrundlage der meisten Menschen, die über kein Sacheigentum verfügen, muß in ähnlicher Weise anerkannt und geschützt werden wie das Sacheigentum des Landwirtes, Gewerbetreibenden und Kaufmanns in der vorindustriellen Gesellschaft. Wenn neben dem Sacheigentum also auch die sonstigen Vermögenspositionen einzubeziehen sind, mit deren Hilfe der Mensch seine wirtschaftliche Existenz aus eigener Kraft behauptet, so läßt sich - auch nach Weber - im einzelnen jedoch die Reichweite des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs nur in einer beispielhaften Aufzählung und nicht erschöpfend verdeutlichen.

Forsthoff¹⁾ geht davon aus, daß sich Staat und Wirtschaft im Laufe der letzten Jahrzehnte in weitem Umfange ineinander verflochten haben. Gerade zahlreiche gewerbliche Verrichtungen sind in der Weise staatsbestimmt, daß sie nur auf der Basis subjektiver öffentlicher Rechte ausgeübt werden könne. Das zwingt dazu, die Rechtsgrundsätze des Eigentumsschutzes auf subjektive öffentliche Rechte auszudehnen, zumal ein verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen entschädigungslose Entziehung oder

- - - - -

1) Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, NJW 1955, S. 1249 ff (1250).

Beschränkung oder jedenfalls ein formellrechtlich geordnetes Verfahren für den Entzug bestimmter subjektiver öffentlicher Rechte, wie beispielsweise der Apothekenkonzession oder der Genehmigung gewerblicher Anlagen (§§ 16, 51 GewO), schon sehr lange besteht.

Forsthoff stellt deshalb nicht mehr die Frage, ob subjektiv öffentliche Rechte den Eigentumsschutz überhaupt genießen, sondern nur noch, welche Berechtigungen in den Eigentumschutz einzubeziehen sind.

Forsthoff befindet sich in Übereinstimmung mit Weber, wenn er meint, daß die Eigentumsgarantie soziale Umschichtungen ausschließt. Das bedeutet eine grundsätzliche Gewährleistung des bestehenden Systems der Güterverteilung und wirkt sich in der Erstreckung auf Forderungsrechte als die verfassungsrechtliche Garantie des Vermögens des einzelnen und damit des individuellen Anteils am Volksvermögen aus. Forsthoff sagt in diesem Zusammenhang: "Dieser außerordentlich weit gespannte Individualschutz muß im Rahmen der Verfassungsordnung des sozialen Rechtsstaates zusammen mit der verfassungsrechtlichen Regelung der staatlichen Steuerhoheit gewürdigt werden. Zwischen beiden waltet ein wesentlicher, bedingender Zusammenhang ob. Denn der rechtsstaatlichen, weitestgehenden Bindung des Staates im Hinblick auf das individuelle Vermögen im Sinne eines individuellen Anteils am Volksvermögen entspricht die sozialstaatlich gebotene Freiheit der Finanzhoheit in Hinsicht auf die steuerliche Erfassung des Sozialprodukts. Der Besteuerung des Sozialprodukts ist eine Verfassungsschranke nicht gezogen. Diese Regelung: strenge Bindung an die Verteilung des Volksvermögens bei unbeschränkter Möglichkeit des Zugriffs auf das Sozialprodukt, kennzeichnet den Typus des sozialen Rechtsstaats, den die Bundesrepublik verkörpert".

Hierdurch bestimmt, ordnet Forsthoff diejenigen subjektiven öffentlichen Rechte der Eigentumsgarantie zu, "deren Substrat sich als ein individueller Anteil am Volksvermögen darstellt". Daraus ergibt sich für ihn, daß das weder für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten noch für den Anspruch auf Fürsorgeleistungen des Staates zutrifft, da in diesen Fällen nicht von einem solchen Substrat die Rede sein kann. Dieses Substrat fehlt auch bei dem Gewerbebetrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters oder genauer für die Erwerbschancen, die mit der Zuweisung eines Kehrbezirks verbunden sind. Anders beurteilt er jedoch die Rechtslage¹⁾, wenn der Vermögenswert einer gewährten Rechtsposition wesentlich durch den Einsatz von Kapital und Arbeit des Positionsinhabers gebildet wird. Bei der Apothekenkonzession trifft das zu, da sich mit ihr ein durch Einsatz von Kapital und Leistung entstandener Betrieb verkörpert, der einen Vermögenswert darstellt, mit dem der Inhaber am Volksvermögen teilnimmt.

Forsthoff stimmt allerdings dem Bundesverfassungsgericht zu, "daß die Anwendung des Eigentumsschutzes auf subjektive öffentliche Rechte dann zu verwerfen ist, wenn sie die einfache Gesetzgebung blockieren und eine Anpassung des Rechtes an die Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse hintanhalten", wobei letzteres vor allem auf Fürsorgeansprüche und vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten zutrifft.

Schack²⁾ tritt ebenfalls für eine Ausweitung des Eigentumsbegriffs ein, obschon einer allzu großen Auflockerung die

- - - - -
1) aaO, S. 1251 und Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 1961, S. 299.

2) "Neuordnung des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechts", Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd. 1, 1. Halbbd., 1955, S. 1 - 60 (40 Anm. 169)

Bedenken entgegen ständen, daß damit eine Unzahl von Entschädigungsansprüchen ausgelöst würden. Aus rechtsstaatlichen Gründen bejaht er jedoch grundsätzlich die Aufnahme subjektiv öffentlicher Berechtigungen in den Kreis der geschützten Rechte. Mit einem besonderen Hinweis darauf, daß die sogenannten "Erlaubnisse", die insbesondere auf dem Gebiete des Gewerbe- und Baurechts vorherrschend sind, ihrem Rechtscharakter nach zwar keine subjektiven öffentlichen Rechte sind, räumt er jedoch die Möglichkeit ein, daß sich aus ihnen unter Umständen eine rechtlich geschützte Position ergeben kann, die in ihrem Gesamtheitscharakter eine Rechtsstellung einnimmt, die als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen ist.

An anderer Stelle setzt sich Schack mit Haas auseinander¹⁾, der nur subjektive öffentliche Rechte, nicht aber die durch eine Erlaubnis begründete Rechtsposition, dem Enteignungsschutz unterstellen will. Schack ist aber der Meinung, daß diese Ansicht einer wirtschaftlich wertenden Betrachtungsweise nicht gerecht wird und standhält. Darauf hatte Scheuner schon hingewiesen^{1a)} und auf die insoweit schon ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abgestellt²⁾. Gerade die wirtschaftlich wertende Betrachtungsweise zwingt zur Aufnahme dieser Rechtsstellungen, die auf einer Erlaubnis beruhen oder besser, auf sie zurückgehen, in den Kreis der geschützten Rechte.

Ule³⁾ hat seinen Standpunkt aus dem Gesichtspunkt der Rentenkürzungen unter Zustimmung zu der von Dürig

- - - - -
1) Anm. z. Urteil d. Bundesgerichtshofes v. 30.9.1957 in NJW. 1958, 222.

1a) aaO, S. 98.

2) BGHZ 19, 1 (4) = NJW 1956, 263; 23, 157 (163) = NJW 1957, 630; NJW 1957, 1927.

3) Ule, "Rentenkürzungen als Enteignung?", Zeitschrift für Sozialreform 1956, S. 138 ff u. 180 (181).

vorgenommenen Unterscheidung dahin zusammengefaßt, daß eine Enteignung von Rechten nur dann gegeben sein kann, wenn "solche Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen des Staates dazu bestimmt sind, eigene vermögenswerte Leistungen des einzelnen, durch die das Vermögen des Staates vermehrt worden ist, auszugleichen", dagegen nicht, wenn "sie vom Staat gewährt werden, ohne daß eine solche eigene Leistung des einzelnen vorausgegangen ist". Wenn demnach die vom Staat gewährte Leistung kein Äquivalent für eine eigene Leistung des einzelnen darstellt, so kann der Staat die Verpflichtung, die er sich selbst durch ein Gesetz auferlegt hat, im Wege der Gesetzgebung auch entschädigungslos wieder einschränken oder aufheben. Für den Fall aber, daß die staatliche Leistung ein Äquivalent für die eigene Leistung des Berechtigten ist, ist es ein entschädigungspflichtiger Eingriff in das Vermögen des einzelnen, der eine Enteignung darstellt, wenn ihm der Anspruch auf diese staatliche Leistung entzogen oder beschränkt wird.

Diese These Uhles ist in erster Linie gemünzt auf Ansprüche des einzelnen gegen den Staat auf Zahlung oder Rückzahlung von Geldern. Zu diesen Rechten zählt er sowohl den (Rück)erstattungsanspruch an zu viel gezahlten Steuern als auch den Schadensersatzanspruch gegen den Staat aus Amtspflichtverletzung, wobei die "Vorleistung" im letzteren Falle nicht in einer eigenen positiven Leistung an den Staat besteht, sondern in der "Duldung eines rechtswidrigen Eingriffs" liegt, die mit vermögensrechtlichen Nachteilen verbunden ist. Diese Nachteile vermögensrechtlicher Art soll die Schadensersatzleistung des Staates ausgleichen. Die Ansprüche der Beamten auf Dienst- und Versorgungsbezüge¹⁾, die ein Äquivalent (auch nach

- - - - -

1) aaO, S. 182

der Unterhaltstheorie) für die von ihnen dem Staat geleisteten Dienste darstellen, können daher genau so Eigentum im Sinne des Art. 14 sein wie die Ansprüche auf Ruhegehalt und auf Hinterbliebenenversorgung. Dagegen stellen Fürsorgeleistungen und die Ansprüche auf Lastenausgleich kein Äquivalent für vermögenswerte Leistungen dar, die der einzelne dem Staat erbracht hat. Die letzteren und auch die Leistungen der Kriegsoferversorgung werden deshalb von Ule ausgeschlossen, weil der einzelne, obwohl er in Kriegs- und Nachkriegszeiten Eingriffe in das Vermögen erduldet hat, "diese Opfer als Glied der staatlichen Gemeinschaft hat bringen müssen, die aber keine Leistungen" darstellen, "die eine Vermögensverschiebung zu Gunsten des Staates bewirkt haben und deshalb vom Staat auszugleichen sind".

Für den Eigentumsschutz der Sozialversicherungsrenten bedeutet das eine Stellungnahme zu der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es sich bei den Rentenleistungen der Sozialversicherungsträger um Leistungen handelt, die dazu bestimmt sind, eigene vermögenswerte Leistungen des einzelnen an die Sozialversicherungsträger auszugleichen, oder ob sie von den Sozialversicherungsträgern gewährt werden, ohne daß solche eigenen Leistungen des einzelnen vorausgegangen sind. Zu den durch Art. 14 GG geschützten Rechten gehören demnach die Rentenansprüche, die durch eigene Beiträge der Versicherten erworben sind, da die Rentenleistungen der Versicherungsträger nur ein Äquivalent der Beiträge sind. Das gleiche muß nach Ansicht von Ule für die Anwartschaften gelten, deren Umwandlung in bestimmte Rechte nur noch von bestimmten Umständen abhängt. Das gilt für die Steigerungsbeträge und die Mehrbeträge in der Invalidenversicherung, in der Angestellten-

versicherung und in der knappschaftlichen Rentenversicherung. Sie gelten für die gesamte Rente aus der Unfallversicherung, da diese Rente aus den Beiträgen aufgebracht wird, die von den Unternehmern als Mitgliedern der Berufsgenossenschaften zu zahlen sind. Soweit die Renten durch Leistungen des Bundes aufgebracht werden (Grundbeträge, Zuschläge und Zulagen in der Invaliden- und Angestelltenversicherung), handelt es sich nicht um Leistungen des später Berechtigten, weil sie kein Äquivalent für die Beitragsleistungen der einzelnen darstellen.

Neben den bisher zitierten Autoren, die sich besonders mit diesen Fragen befaßt und auseinandergesetzt haben, und denen in erster Linie das Verdienst zukommt, neue Gesichtspunkte in die Diskussion gebracht und auch allgemein zufriedenstellende Ergebnisse und Fortschritte erzielt zu haben, nahmen unter anderen weiterhin Andreas Hamann, Friedrich Klein, Rudolf Reinhardt, Hans-J. Wolff und Kurt Egon Freiherr von Turegg zum umfassenden Eigentumsschutz Stellung. Auch ihre Äußerungen verdienen Beachtung, und es ist im Rahmen dieser Arbeit unerlässlich, auf sie einzugehen und sie zu würdigen¹⁾.

Nach Hamann²⁾ betrifft der Streit um die Aufnahme von Rechten öffentlich-rechtlicher Art ganz besonders die öffentlich-rechtlich fundierte Rechtsposition von wirtschaftlicher Bedeutung, wie z.B. die Gewerbekonzessionen. Hamann ist mit Landmann-Rohmer (Bemerkung 3 zu § 1 GewO) der Meinung, daß der eingerichtete Gewerbebetrieb dem Inhaber sowohl ein privates als auch ein öffentlich-rechtliches subjektives Recht gibt, kraft dessen er Eingriffe und Störungen von Einzelpersonen wie von Seiten des Staates abwehren kann. Für die Enteignungsfähigkeit

1) Weitere einschlägige Äußerungen: Erler, Z. f. ausl. öffentl. R. u. Völkerrecht, 1953, S. 26 ff; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 19; Maunz, Rechtsgutachten über das Bundesrundfunkgesetz, 1953, S. 16; Menger, Verw. Arch. Bd. 49, S. 186 ff.; Rohwer-Kahlmann, Z. f. Sozialreform, 1956, 240 ff.; Schäfer, 41. Dt. J. Tag, S. C, 16 ff; Seufert, Bayer. Enteignungsrecht, 1957, S. 18 ff.

2) Rechtsstaat u. Wirtschaftslenkung, Bd. I, 1953, IV. Kap. A. S. 81.

setzen diese Rechtspositionen nach Hamann aber voraus, womit er sich dem Bundesverfassungsgericht anschließt, daß es sich jeweils um einen Betrieb handelt, den der Inhaber durch seine Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und durch den Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem er das Unternehmerrisiko trägt und der einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt.

Wenn Hamann in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht auch die Rechtsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters vom Eigentumsbegriff des Art. 14 GG ausschließt, weil diese Rechtsposition allein auf staatlicher Verleihung beruht, so läßt er doch keinen Zweifel daran, daß bei dem Vorliegen der aufgezählten Voraussetzungen die im Gewerberecht vorherrschenden Gewerbebegrenzungen und aus ihnen hervorgehenden Rechtspositionen in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG einzubeziehen sind, wie er auch an anderer Stelle betont¹⁾.

H.J. Wolff²⁾ stellt subjektive öffentlich-rechtliche Rechte und ins Werk gesetzte Gestattungen³⁾ nur dann unter den

- - - - -

1) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1957, S. 147.

2) Verwaltungsrecht, Bd. I, 165, § 62 III 4 S. 378.

3) Die Gestattung ist ein verwaltungsrechtlicher Besitzstand. Unter diesem wird die Berechtigung verstanden, ein Interesse so lange und in der Weise zu verfolgen, wie das von den Subjekten öffentl. Verwaltung zugelassen wird, wobei diese verpflichtet sind, die Interessenverfolgung zu dulden, solange rechtl. Gründe zur Entziehung oder Einschränkung der Berechtigung nicht vorliegen. Die Gestattung ist gegeben, wenn die (durch den verwaltungsrechtl. Besitzstand gewährte) Bewilligung nur unter besonderen, gesetzl. genannten Voraussetzungen einem erheblicheren öffentl. Interesse weichen muß. H.J. Wolff, aaO, § 43 III 2 S. 241.

Schutz der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, wenn sie durch eigene Leistung und (oder) eigenen Kapitalaufwand erworben worden sind, nicht aber, wenn sie nur auf staatlicher Gewährung beruhen. Neben den echten verliehenen subjektiven öffentlichen Rechten will er somit bestimmte Gewerbe genehmigungen in den Kreis der geschützten Berechtigungen einbeziehen.

Auch Klein¹⁾ schließt sich der differenzierenden Methode an, wobei auch er meint, daß das Bundesverfassungsgericht eine Tendenz zur Einseitigkeit hat. Nach der Auffassung von Klein sind nicht nur privatrechtliche Berechtigungen und andererseits ist auch nicht jede öffentliche Berechtigung von Vermögenswert als Eigentum aufzufassen. Nach Klein kann wohl nur die Rechtsposition als "Eigentum" angesehen werden, der "Merkmale" eignen, die den Eigentumsbegriff konstituieren, wenn in ihr also Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind". Er verweist dabei auf die Entschädigungspflicht des Staates bei der Rücknahme polizeilicher Genehmigungen (§ 70 Abs. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 1 Buchstaben c und d PVG), die ein Beispiel dafür liefert, daß der Staat auch bei der Aufhebung von Verwaltungsakten (öffentliche Berechtigungen) Entschädigung leistet.

Reinhardt²⁾ lehnt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Einführung einer Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung Band 1, Seite 264) als nicht zutreffend ab; denn nach seiner Auffassung zählt auch der Gewerbebetrieb grundsätzlich zu den enteignungsfähigen Positionen, wobei sich auch

- - - - -

1) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 1957, Art. 14 Anm. III 1c.

2) Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 40 Anm. 38 Abs. 3.

dann keine andere Rechtslage ergeben kann, wenn die Ausübung des Gewerbebetriebes weitgehend durch öffentlich-rechtliche Normen bestimmt wird.

III. Die vermittelnde Lösung des Bundessozialgerichts

Wenn auch der differenzierenden Methode - auch das Bundesverfassungsgericht läßt sich die Möglichkeit zur Differenzierung offen - gegenüber der summarischen These des Bundesgerichtshofes der Vorzug zu geben ist, so kann letztlich in den Begründungen doch weder der einen noch anderen Seite vollends gefolgt werden. Die Lösung liegt zwischen beiden, was vom Schrifttum auch erkannt wurde. Der vom Schrifttum aufgezeigte Weg hat sich als durchaus gangbar gezeigt, und auf ihm könnten sich die heute noch miteinander widerstreitenden Meinungen der Gerichte eines Tages treffen.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat sich in der für diesen Problemkreis neuesten Entscheidung bestimmte Auffassungen des Schrifttums zu eigen gemacht und mit dem Urteil vom 19.3.1957 (Kassenzahnarzturteil)¹⁾, unter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung und unter Verwendung der vom Schrifttum erarbeiteten Ideen und Gedanken eine beachtenswerte, wenn nicht sogar die bedeutendste Entscheidung getroffen, an der bei der Besprechung des Umfanges des Eigentumsschutzes des Art. 14 GG nicht vorbeigegangen werden kann.

Das Bundessozialgericht hat erst vor einigen Jahren²⁾ diese damals aufgestellten und anerkannten Grundsätze bestätigt, wonach auch subjektive öffentliche Rechte "Eigentum" sein können, sofern sie nämlich auf der eigenen Leistung des Berechtigten beruhen.

- - - - -

1) BSGE 5, 40 (42 ff) = NJW 1957, 1691.

2) BSG in NJW 1959, 1338.

Dabei wendet der Senat nunmehr auch diese Grundsätze auf Renten der Sozialversicherung an, womit er der Sache nach die Darlegungen von Ule bestätigt¹⁾.

In dem auch für die vorliegende Untersuchung in weitem Umfange maßgeblichen Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. 3. 1957 war über die Frage zu entscheiden, ob ein Zulassungsausschuß über die weitere Zulassung eines Sozialversicherungszahnarztes bestimmen konnte, der gleichzeitig als praktischer Sozialversicherungsarzt tätig war und nicht innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten der Zulassungsordnung für Zahnärzte und Dentisten vom 30. 3. / 8. 5. 1951 in Berlin - wie diese Verordnung vorsah - erklärt hatte, für welchen der beiden Tätigkeitsbereiche er sich entscheiden und welche Tätigkeit er aufgeben wollte. Da die Entscheidung des Zulassungsausschusses über die Beendigung der Zulassung als Zahnarzt der Sache nach eine Entziehung dieser Zulassung darstellt, erhob sich nunmehr die Frage, ob der die Entziehung der Zulassung aussprechende Verwaltungsakt gegen Art. 14 GG verstoße.

Das Bundessozialgericht stellt eingangs fest, daß sich der Anwendungsbereich des Art. 14 GG auch auf die nach § 823 Abs. 1 GBG geschützten sonstigen Rechte, wie beispielsweise der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, erstrecke. Der entscheidende Senat läßt die Frage, ob aus der gleichen Interessenlage heraus die ausgeübte Zahnarztpraxis dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gleichzusetzen ist, bewußt offen, da es sich nicht um einen Eingriff in die Zahnarztpraxis schlechthin ("die eingerichtete und ausgeübte Zahnarztpraxis") handelte, sondern um die Entziehung der Zulassung zur kassenzahnärztlichen Tätigkeit an sich.

- - - - -

1) vgl. die Ausführungen auf Seite 52 - 55

Nach Auffassung des Bundessozialgerichts genießt dieses aus der Zulassung begründete Recht nach eingehender Begründung den Schutz des Art. 14 GG.

Der Senat setzt sich zunächst mit der bisherigen Rechtsprechung auseinander und geht davon aus, daß selbst das Bundesverfassungsgericht unter Abschwächung seiner anfänglich grundsätzlichen Ablehnung den Begriff des Eigentums im Sinne des Art. 14 GG nicht allein auf Rechte im bürgerlichen Sinne beschränkt wissen wolle. Auf der anderen Seite dürften die subjektiv öffentlichen Rechte aber nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil sie vom Staat verliehen sind. Berechtigungen nämlich, die in ihrer Bedeutung, und damit wirtschaftlich gesehen, auch in ihrem Vermögenswert entscheidend von den beruflichen Fähigkeiten und der Initiative des Berechtigten abhängen, können nicht mit Forderungsrechten fürsorgerischer Art gleichgesetzt werden, bei denen der Staat allein der Gebende ist. Für sie wäre kein Grund ersichtlich, sie als eigentumsähnlich anzusehen.

Der Senat ist der Ansicht, daß es eine unzulässige Einengung der Eigentumsgarantie bedeuten würde, wenn dabei entscheidendes Gewicht auf das Überwiegen der privatrechtlichen Elemente in der auf dem öffentlichen Recht beruhenden Berechtigung gelegt würde. Also beispielsweise, ob das subjektive öffentliche Recht einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt; denn der dem Eigentum wesentliche Herrschaftsbereich kann auch in Formen des öffentlichen Rechts - wie das der Bundesgerichtshof schon sagte - seinen Ausdruck finden. So ist die Übertragung der Kassenpraxis auf nächste Angehörige ohne Ausschreibung oder der Praxistausch möglich. Es gibt also auch hier eine Dispositionsbefugnis.

Das Bundessozialgericht erläutert unter Zustimmung zu Forsthoff¹⁾ weiter, daß eine Begrenzung der Eigentums-garantie auf private Rechte auch der Tatsache nicht Rechnung tragen würden, daß die Verflechtung von Staat und Wirtschaft in zunehmendem Maße dazu geführt hat, nicht nur gewerbliche, sondern auch freiberufliche Betätigungen anderer Art in der Weise staatsabhängig zu machen, daß sie nur auf der Basis subjektiv öffentlicher Rechte ausgeübt werden können.

Das Bundessozialgericht kommt zu seinen wesentlichen Feststellungen, wenn es sagt: Nicht entscheidend sei es für die Schutzwürdigkeit der durch die Eigentums-garantie des Art. 14 GG erfaßten Rechtsposition, ob die begründete Berufsstellung in ihrer Ausgestaltung mehr von der Arbeit und den persönlichen Fähigkeiten des Berechtigten oder aber mehr von der Höhe der eingesetzten Sachmittel (Kapital) abhängt.

Das Bundessozialgericht stimmt dem Bundesverfassungsgericht²⁾ insoweit zu, wonach es den heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen entspricht, daß das, was der einzelne sich durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand erworben habe, im besonderen Sinne als sein Eigentum anzuerkennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen sei. Dabei kann - hier steht das Bundessozialgericht im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht - die Bedeutung der persönlichen Leistung, nämlich die Gründung, den Aufbau und die Entwicklung des Betriebes durch eigene Arbeit des Inhabers, seine persönlichen Fähigkeiten und Initiative den Vorrang einnehmen vor dem Einsatz des Kapitals bei der Gründung des Betriebes und dem Gesichtspunkt der selbständigen Verwertbarkeit des Betriebes als

- - - - -
1) Vgl. Forsthoff, NJW 1955, 1249 ff (1250).

2) Vgl. BVerfGE 1, 277 ff.

Vermögensbestandteil. Zumindest können Arbeitseinsatz und Kapitaleinsatz gleichwertige eigentumsbildende Merkmale sein.

Das Bundessozialgericht legt sich dahin fest: Für die Unterstellung öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG muß demnach die mit der Verwirklichung des Rechts notwendig verbundene eigene Leistung als ausschlaggebend angesehen werden; es müssen in ihr Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sein.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist auch die Rechtsstellung des Kassenarztes und Kassenzahnarztes eigentumsähnlich. Auf der Grundlage der Zulassung entwickelt der Zahnarzt seine Praxis, deren Umfang und Art zum Teil von äußeren Gegebenheiten und den aufgewendeten Sachmitteln, in entscheidendem Maße aber von dem Können und der Initiative des Zahnarztes abhängt. Die Art, wie er die ihm verliehene Berechtigung gestaltet, wird zu einem wichtigen Faktor der Existenzsicherung. Der Eingriff des Staates in eine solche Rechtsstellung trifft nicht nur ein Recht, das der Staat selbst erst geschaffen hat. Dieses Recht ist nur ein Element einer umfassenden Rechtsstellung, die in ihrer Gesamtheit und Verflechtung gewürdigt werden muß. Durch die Entziehung der Zulassung wird das zwar auf der Verleihung eines subjektiven Rechts beruhende, aber erst durch Eigenleistung entwickelte, in der Kassenpraxis in Erscheinung tretende Berufswerk des Kassenzahnarztes getroffen, so daß der Schutz des Art. 14 GG gerechtfertigt ist.

IV. Zusammenfassung und Kritik

Stellt man die bis hierher aufgezeigten Meinungen im Schrifttum den Auffassungen der Gerichte vom Eigentumsschutz öffentlicher Rechtsstellungen ganz allgemein in aller Kürze gegenüber, so muß doch zusammengefaßt festgestellt werden, daß der Bundesgerichtshof mit seiner summarischen These vom umfassenden Eigentumsschutz des Art. 14 GG nicht Recht haben kann, daß aber andererseits auch die grundsätzlich ablehnende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichtes objektiv nicht befriedigen kann, wenn auch seinen Ansätzen zu einer differenzierenden Methode - wie es im Schrifttum geschehen ist - der Vorzug zu geben ist.

Daß nun in allen Fällen den subjektiven öffentlichen Rechten der Zugang zu Art. 14 GG versperrt werden müßte, kann nach der mehr und mehr aufgelockerten Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts kaum mehr die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sein. Mit Ausnahme des Bundesgerichtshofes, der insoweit mit seiner Auffassung fast durchweg eine Ablehnung erfährt, hebt man auch sonst in Rechtsprechung und Literatur überwiegend hervor, daß nicht allein das materielle vermögenswerte Recht an sich den Schutz des Art. 14 GG verdient, sondern das, was der Rechtsinhaber "aus ihm gemacht hat". Nur die Rechts- und Sachgemeinschaft zusammen soll geschützt werden. Welcher Art diese Erfordernisse nun im einzelnen sein müssen, also die besonderen Umstände, die das Recht schutzwürdig machen, ist sehr verschieden zu beurteilen. Auch Schrifttum und Rechtsprechung stellen unter sich - wie das auch gezeigt worden ist - wieder verschiedene Erfordernisse auf. Die einen sprechen vom "Einsatz des Kapitals" oder "eigener Arbeits-

leistung", die anderen "von (wohl)erworbenen Rechten nach vorheriger erbrachter Leistung" oder "als Äquivalent dieser Leistung". Nach anderer Auffassung sind diese Rechte nur dann schutzwürdig, wenn ihnen "Merkmale eignen, die den Eigentumsbegriff konstituieren, wenn in ihnen also Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind"¹⁾.

- - - - -
1) Weber, "Eigentum und Enteignung", in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band 2, 1954, S. 331 ff (354).

Teil C - Eigentumsschutz für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen

Abschnitt I - Eigentumsschutz für Gewerbe genehmigungen

Das bisher Ausgeführte kann für die wesentlichen Probleme dieser Untersuchung nur insoweit von Bedeutung sein, als es Antworten gibt auf die Fragen nach der Schutzwürdigkeit der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe erlaubnis.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob und wieweit das bisher Gesagte für sie von Bedeutung ist. Im Sinne des ersten Teiles dieser Darstellungen gefragt, bedeutet das: Kann eine Gewerbe erlaubnis (Gewerbe erlaubnis hier im Sinne der Aufhebung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und nicht im Rechtssinne eines subjektiven öffentlichen Rechtes) überhaupt schutzwürdig im Sinne des Art. 14 GG sein, und mit welchen besonderen Erfordernissen müssen sie gegebenenfalls ausgestattet sein? Denn auch die gemischt persönliche und dingliche Gewerbe erlaubnis ist ihrem Rechtscharakter nach nichts anderes als eine gewöhnliche Gewerbe erlaubnis, ob schon sich im einzelnen durchaus bei näherer Betrachtung, wie bei jeder Erlaubnis, herausstellen kann, daß sie in Wahrheit im Rechtssinne ein subjektives öffentliches Recht beinhaltet.

Bei diesen Überlegungen, ob sie also in den Kreis der geschützten Rechte aufgenommen werden können, muß man davon ausgehen, daß öffentliche Berechtigungen überhaupt erst einmal Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sein können. In der Bejahung dieser Frage stimmen Schrifttum und Rechtsprechung - wie gezeigt worden ist - fast einhellig überein. Es ist auch nicht einzusehen, aus welchen Gründen Rechte oder Rechtsstellungen, die als öffentlich-rechtliche zu

qualifizieren sind, allein aus diesem Grunde der Eigentums-
garantie des Grundgesetzes entzogen sein sollen.

I. Gegenteilige Auffassungen in Rechtsprechung
und Schrifttum über den Eigentumsschutz von
Gewerbeberechtigungen

Sowohl der BGH als auch das BVerfG stehen jedoch seit
Anfang an auf dem Standpunkt, daß der Eigentumsschutz sich
höchstens auf subjektive öffentliche Rechte beziehen kann.
Einen weiteren, umfassenderen Schutz in dem Sinne, daß
auch andere Rechtsstellungen, die in ihrem rechtlichen
Charakter und rechtlichem Gehalt schwächer sind als ein
subjektives öffentliches Recht, darin aufgenommen werden
können, lehnen diese Gerichte ab. Nach ihrer Rechtsprechung
muß es sich um ein vollwertiges Recht, d.h. um einen An-
spruch gegen den Staat auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen
handeln¹⁾.

Das Schrifttum²⁾ geht hier allerdings überwiegend einen
erheblichen Schritt weiter und reiht auch weitgehend die
Gewerbeerlaubnis in den Kreis der durch Art. 14 GG ge-
schützten Rechte ein. Nach Auffassung der Autoren ist es
rechtlich nicht haltbar, den Schutz auf subjektive öffentliche
Rechte zu beschränken. Subjektive öffentliche Rechte auf dem
Gebiete des Gewerberechts seien, was ihre Einbeziehung in
den Eigentumsschutz angehe, jenen Gewerbeberechtigungen
minderen Rechtswertes gleichzusetzen, von deren Erteilung
die Ausübung des Gewerbes abhängt. Entscheidend für beide
sei insoweit, daß ihre Verleihung oder Erteilung erst jeweils
die Grundlage für die Ausübung des Gewerbes bilde. Es könne
deshalb nicht erforderlich sein, daß in jedem Fall ein subjek-
tiv öffentliches Recht im strengen Sinne vorliege, sondern es

- - - -

1) Vgl. ständige Rechtsprechung des BGH; BVerfGE 1,
265 ff (277); 3, 58 ff (153); 4, 219 ff (240).

2) Vgl. hierzu Seiten 40 - 58 und insbesondere Seiten 89 - 95.

müsse eine rechtlich gesicherte Position wirtschaftlicher Art ausreichen. Allein aus der Tatsache, daß es sich bei diesen nicht um ein subjektives öffentliches Recht handele, lasse sich jedenfalls eine gegenteilige Ansicht nicht zwingend und überzeugend begründen.

Der Schutz des Art. 14 GG darf sich nicht allein auf subjektive öffentliche Rechte beziehen. Art. 14 GG darf auf sie nicht beschränkt werden. Im Gegenteil: Verlangen die Gewerbebegenehmigungen nicht viel eher den Schutz des Art. 14 GG ? Die Gründe, die allgemein zur Aufnahme der subjektiven öffentlichen Rechte in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte zwingen (Existenzsicherung, Lebensunterhalt, Einsatz von Kapital und Arbeit usw), gelten in noch höherem Maße für die Gewerbeerlaubnis.

Was spricht überhaupt letzten Endes gegen eine Eigentums-garantie des Art. 14 GG, die die Gewerbebegenehmigungen mit umfaßt?

Der unterschiedliche Rechtsgehalt zwischen der Gewerbeerlaubnis und dem subjektiven öffentlichen Recht ist es jedenfalls nicht, obschon die Rechtsprechung darauf abstellt.

Auch an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß es sich in dieser Untersuchung nicht um die Erlaubnis allgemeiner Art handelt, sondern lediglich um Gewerbebegenehmigungen, die Voraussetzung für die Ausübung und Schaffung eines Gewerbebetriebes sind, und auf Grund deren sich der Rechtsinhaber eine bestimmte Position erarbeitet, seinen Lebensunterhalt verdient, schlechthin seine Existenzgrundlage schafft, seine Existenz erhält und sichert.

II. Kein Eigentumsschutz für Gewerbe genehmigungen nach der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof brachte in seiner grundlegenden Entscheidung vom 9./10.6.1952¹⁾ zum Ausdruck, daß sich der Eigentumsschutz auf jedes vermögenswerte Recht, auch auf das subjektiv öffentliche Recht beziehe. Der BGH erkennt nur den Schutz des Vollrechts an. In den für das Gewerbe recht maßgebenden Urteilen vom 7.10.1954 (Apothekenfall) und vom 23.4.1956 (Schornsteinfegerfall) beharrt der BGH auf diesem Standpunkt. In beiden Fällen stellt der erkennende Senat auf den Erwerb eines subjektiven öffentlichen Rechtes ab. Die Apothekenkonzession (Personalkonzession) und die Übertragung eines Kehrbezirks stellen für den Berechtigten ein subjektives öffentliches Recht dar. Wenn der BGH den Eigentumsschutz hätte weiter ausdehnen wollen, dann wäre in dem Apothekenurteil nicht die scharfe Trennung getroffen worden zwischen der staatlich verliehenen echten Konzession und der im Gewerbe recht geläufigen öffentlich-rechtlichen Erlaubnis, "die möglicherweise frei oder auch nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur unter den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen" widerrufen werden kann, dem Erlaubnisempfänger aber "keinen Zuwachs an eigener Rechtsmacht, insbesondere kein materielles Recht" verschafft.

Auch die Urteile des BGH vom 29.11.1951 (Widerruf der Genehmigung zum Kuchenverkauf an Sonntagen)²⁾ und vom 5.5.1955 (betr. die Rechtsnatur der Zuweisung einer Wohnung durch die Wohnungsbehörde)³⁾ haben in der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keine Änderung im Sinne einer Erweiterung auf andere Rechtspositionen mit minderem rechtlichen Charakter erfahren.

- - - - -

1) BGHZ 6, 270 ff (278).

2) Arch.f. öffentl. Recht, Bd. 78, S. 102.

3) BGH NJW 1955, 1268.

In der ebenfalls dem Gewerberecht entstammenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. 4. 1952 (Schornsteinfegerurteil)¹⁾, mit der die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Umfang des Eigentumsschutzes einsetzt, stellt das Bundesverfassungsgericht entscheidend auf die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Seite des Gewerbebetriebes ab und betont nicht einmal so sehr den Rechtscharakter der Berechtigung, auf Grund deren das Gewerbe betrieben wird. Wenngleich es in späteren Entscheidungen seinen grundsätzlich ablehnenden Standpunkt dahin abschwächt, daß es Berechtigungen geben mag, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugeordnet werden müssen²⁾, so hält es doch daran fest, daß die Rechtspositionen ihrem rechtlichen Gehalt nach öffentlich-rechtliche Ansprüche, also subjektive öffentliche Rechte, sein müssen³⁾.

III. Der Rechtscharakter der Gewerbe genehmigungen

1. Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Rechtsbegriffe

Mit dem Junktim-Beschluß vom 21. 7. 1955 weist das Bundesverfassungsgericht auf die Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über die Abgrenzung und die Tendenz einer zunehmenden Ausweitung des Begriffes des subjektiven öffentlichen Rechts hin. Rechtlich bestehen bei der Abgrenzung der einzelnen Rechtsbegriffe gewisse Unterscheidungsschwierigkeiten, die nicht zuletzt

- - - - -

1) BVerfGE 1, 265 ff. (277).

2) BVerfGE 2, 380 ff. (402).

3) BVerfGE 4, 219-250 (240/241) = NJW 1955, 1268.

im Gewerberecht auftreten. Der Sprachgebrauch allein ist nicht maßgebend. Gerade viele Rechtsstellungen des öffentlichen Rechts, die als Erlaubnis oder Konzession deklariert sind, beinhalten in Wirklichkeit ein subjektives öffentliches Recht. Da eine gesetzliche Definition der einzelnen Begriffe nicht vorhanden ist, mußte es dem Schrifttum und der Rechtsprechung von Fall zu Fall obliegen, die Begriffe zu erläutern, zu klären, Abgrenzungen vorzunehmen und am Ende die Begriffe festzulegen und zu definieren.

2. Die Gewerbeerlaubnis - ein subjektives öffentliches Recht oder eine konkrete Befreiung von einem gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt?

Es ist ein alter Streit, ob und inwieweit die Erlaubnis des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Gewerberechts im besonderen dem durch sie Begünstigten ein Recht auf die Ausübung der gestatteten Tätigkeit eröffnet.

Für die Frage, ob nun neben subjektiven öffentlichen Rechten auch andere Rechtspositionen minderen Rechtscharakters den Eigentumsschutz des Art. 14 GG verdienen, ist zunächst einmal erforderlich, eine kurze Begriffsunterscheidung zu treffen, um sagen zu können, welche Erlaubnis kraft ihres Rechtscharakters schon von vornherein nach der Rechtsprechung vom Eigentumsschutz erfaßt wird.

Die Gewerbeerlaubnis unterscheidet sich von der echten Konzession dadurch, daß letztere ein subjektiv öffentliches Recht gewährt, während die gewöhnliche Gewerbeerlaubnis lediglich die konkrete Befreiung von einem Erlaubnisvorbehalt ausspricht, ohne materiell eine Rechtsmacht zu verleihen. Das Bedeutsame bei der Verleihung einer Konzession liegt darin, daß der Konzessionsinhaber über seinen ursprünglichen Rechtskreis hinaus vom Subjekt öffentlicher Verwaltung etwas

empfängt, mit dem das Recht verbunden ist, von dem verpflichteten Träger der öffentlichen Verwaltung ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu fordern.

Es ist daher jeweils zu prüfen, ob der Gesetzgeber dem Staatsbürger durch die besondere Zulassung ein subjektives öffentliches Recht einräumen wollte oder der Behörde nur die Möglichkeit geben wollte, zu erklären, daß der beabsichtigten Betätigung keine Bedenken entgegenstehen. Ob wirklich ein subjektiv öffentliches Recht vorliegt oder nur eine andere öffentlich-rechtliche Rechtsposition, ist auf Grund sorgfältiger Prüfung des Einzelfalles zu ermitteln; denn von dieser Feststellung hängt es nach der Rechtsprechung ab, ob sich der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG auf sie erstreckt.

a) Keine Unterscheidungsmöglichkeit auf Grund der gesetzlichen Terminologie

Nach § 1 der Gewerbeordnung herrscht Gewerbefreiheit. Bestimmte Gewerbearten, in der Gewerbeordnung und in Sondergesetzen hervorgehoben, bedürfen aber, bevor sie ausgeübt werden, einer Genehmigung. Diese "besondere Genehmigung" wird in den Gesetzen mit verschiedenen Ausdrücken belegt. Die Terminologie ist sehr unterschiedlich. Die Gewerbeordnung nennt den staatlichen Verwaltungsakt, der für den Bau und den Betrieb lästiger Anlagen erforderlich ist, Genehmigung (§§ 16, 25 - 27), spricht im Arztberuf von Approbation (§ 29) und bei Schauspielunternehmen von Erlaubnis (§§ 32 - 33b), dagegen bei Privatkankeenanstalten von Konzession (§ 30) und in anderen Fällen beispielsweise von Befähigungsnachweisen, die als Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis geführt werden müssen. Aus diesem gesetzlichen, fast willkürlichen Sprachgebrauch¹⁾ kann man für die Bestimmung des

- - - - -
1) Bühler, Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechtes, Festgabe für Fleiner, 1927, S. 42.

Rechtsgehalts der Gewerbeerlaubnis nichts entnehmen, denn die Gewerbeordnung hat den Charakter eines Gesetzes für ein noch unentwickeltes Rechtsgebiet, was sich auch in der Terminologie ausdrückt.

b) Begriffliche Definitionen durch Rechtsprechung und Schrifttum

Die Rechtsprechung und vor allem das Schrifttum waren deshalb gezwungen, nun ihrerseits die Definitionen zu treffen und die entsprechenden Unterscheidungen vorzunehmen. Danach unterteilen sich die gewerblichen Berechtigungen nach dem Grad ihrer Intensität in drei Gruppen.

Die erste Gruppe betrifft jene Berechtigungen, die ein Betriebsrecht beinhalten, das durch staatliche Verleihung begründet worden ist, wie beispielsweise den Betrieb von Eisenbahnen und Straßenbahnen oder Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken.

Die zweite Gruppe umfaßt die Gewerbeberechtigungen nach der Gewerbeordnung oder den Nebengesetzen in der oben bezeichneten Art.

Die dritte Gruppe wird gebildet von den "Berechtigungen", die ohne besonderes Verfahren auf Grund der Bestimmungen über die Gewerbefreiheit jedermann zustehen, allerdings nach § 14 GewO anmeldepflichtig sind.

Die erste Gruppe bietet in der rechtlichen Qualifizierung keine besondere Schwierigkeit. Es wird hier in Literatur und Rechtsprechung allgemein angenommen, daß das durch sie erwirkte Betriebsrecht, eine sogenannte echte Konzession, ein subjektiv öffentliches Recht ist¹⁾. Mit der Beleihung der Rechtsmacht kann im übrigen gerade im Gewerberecht ein Stück öffentlicher Gewalt - gewisse polizeiliche Befugnisse, namentlich etwa

- - - - -
1) Bühler, aaO, S. 37; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 1953, § 46 S. 548/549 und § 57 S. 681/682; Landmann-Giers-Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1957, S. 151; VerwRspr. 3, 98.

bei einem Eisenbahnunternehmen - mitübertragen werden.

Über die rechtliche Bedeutung und Qualifizierung der auf Grund der Gewerbeordnung und der gewerblichen Nebengesetze erteilten Genehmigungen und Konzessionen herrscht nach wie vor Streit. Daraus folgt zwangsläufig, daß in manchen Fällen die Eingliederung in die bestimmte Gruppe große Schwierigkeit bereitet.

Das subjektiv öffentliche Recht wird abstrakt dahin definiert:

Es ist die perfekte Berechtigung einer Zivilperson, der eine unausweichliche Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht der Subjekte öffentlicher Verwaltung entspricht¹⁾. Es ist die Rechtsmacht, kraft derer der damit Ausgestattete eine Befugnis oder einen Anspruch gegenüber dem rechtlich verpflichteten Träger hoheitlicher Gewalt geltend zu machen vermag²⁾, das Vermögen, vom Staat ein der gewährten Rechtsposition entsprechendes, konkretes Tun oder Unterlassen verlangen zu können³⁾.

- - - - -
1) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht, I. Teil, 1961,
§ 43 III d S. 225.

2) Huber, aaO, S. 681.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1961, 170 ff (171).

c) Rechtscharakter der Gewerbeerlaubnis nach dem
Schrifttum

Nun sieht freilich nur ein geringer Teil des Schrifttums in der Erteilung der Genehmigung nach der Gewerbeordnung die Verleihung eines subjektiven Rechts. Der weitaus größere Teil sieht darin lediglich die behördliche Anerkennung, daß dem Gewerbebetrieb gesetzliche Hinderungsgründe nicht entgegenstehen.

Nach Seydel¹⁾, Schelcher²⁾ und Cöster³⁾ ist der rechtliche Inhalt der Gewerbeerlaubnis kein subjektives öffentliches Recht, sondern lediglich die behördliche Anerkennung, daß gegen einen Gewerbebetrieb kein polizeiliches Hindernis besteht. Sie hat damit keinen eigenen Inhalt, sondern bedeutet nur die Wiederherstellung einer schon vorhandenen nur qualitativ und quantitativ sowie temporär gesetzlich beschränkten Freiheit. Die Erlaubnis im Gewerberecht deckt sich insoweit mit jeder früher so benannten polizeilichen Erlaubnis, der man auch den Charakter einer konkreten Befreiung von einem vorherigen Verbot geben kann.

Im Gegensatz zu dieser wohl herrschenden Meinung nimmt Rehm⁴⁾ an, daß durch die Erlaubniserteilung ein privates und ein öffentliches Recht des einzelnen begründet wird. Dieser Auffassung ist auch Turegg⁵⁾. Nach vermittelnden Anschauungen⁶⁾ wird angenommen, daß durch die Anmeldung des Betriebes bzw. die Erlaubniserteilung ein subjektives Recht begründet wird, dessen Inhalt sich aber darin erschöpft,

- - - - -

1) Bayer. Staatsrecht, V, 661, 2. A. III 410.

2) Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, 1910,
S. 7 - 8, 10.

3) Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927, S. 222.

4) Die rechtl. Natur d. Gewerbekonzession, 1889,
S. 10, 17 - 25.

5) Gewerberecht, 1953, S. 97.

6) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 257; Huber, aaO,
S. 692 und 698.

daß der Staat sich störender Eingriffe in den Gewerbebetrieb enthalten muß. Durch die Erlaubnis selbst wird nur die Freiheit der Gewerbeausübung wiederhergestellt. Sie erzeugt kein Recht, das über den Inhalt einer freien Gewerbeberechtigung hinausgeht. Der Inhaber hat nur ein Recht auf Unterlassung, einen negativen Anspruch auf Störungsfreiheit.

Eine weitere vermittelnde Meinung vertreten Landmann-Rohmer¹⁾, die ein öffentliches und ein privates Recht an dem schon vorhandenen und eingerichteten Gewerbebetrieb anerkennen, die dem Inhaber nicht willkürlich entzogen werden können und in deren Besitz er geschützt werden muß. Dem ist auch Michel²⁾ beigetreten. Ipsen³⁾, Conrad-Flögel⁴⁾ und Richter⁵⁾ vertreten die gleiche Auffassung. H.J. Wolff⁶⁾, der die Berechtigungen des öffentlichen Rechtes scharf unterscheidet in subjektive Rechte, Destinationen und verwaltungsrechtliche Besitzstände, sieht in der Erlaubnis des Gewerberechts einen Besitzstand. Als verwaltungsrechtlicher Besitzstand wird die Berechtigung einer Zivilperson verstanden, ein Interesse so lange und in der Weise zu verfolgen, wie das von den Subjekten der öffentlichen Verwaltung zugelassen wird. Diese wiederum sind verpflichtet, die Interessenverfolgung zu dulden, so lange rechtliche Gründe zur Entziehung oder Einschränkung der Berechtigung nicht vorliegen. Der Besitzstand kann jeweils

- - - - -
1) Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung Bd. 1, 1952, zu § 29 Anm. 1, S. 294 und zu § 1 Anm. 3, S. 59.

2) Das Gaststättengesetz, 1952, zu § 1 Anm. VIII 1, S. 59/60.

3) Abhandlungen aus dem Seminar f. öffentl. Recht, 1932, S. 79.

4) Gaststättengesetz, K. 1931, Anm. 2 zu § 3.

5) Das subjektive öffentl. Recht, in Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 8, 1 ff.

6) Verwaltungsrecht, I, 1961, § 43 III c, S. 224/225.

eine Verstattung oder Gestattung sein. Die hier in Frage kommende Erlaubnis des Gewerberechts gewährt jedenfalls nach Wolff nicht ein volles subjektives öffentliches Recht, sondern nur einen öffentlich-rechtlichen Besitzstand¹⁾, und zwar die gebundene Erlaubnis eine Gestattung (§ 30 GewO), die freie Erlaubnis eine Verstattung (§ 33b GewO)²⁾.

3. Ergebnis: Die Gewerbeerlaubnis kein enteignungsfähiges Recht im Sinne der Rechtsprechung

Wenn nach alledem der Streit um den Rechtscharakter der gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis allgemein auch groß sein mag, so steht doch fest, daß für den überwiegenden Teil der Lehre, deren Argumentation man sich nicht verschließen kann, die Gewerbeerlaubnis, also die erteilte Gewerbeerlaubnis, kein subjektives öffentliches Recht darstellt. Die Gewerbeerlaubnis beinhaltet die behördliche Anerkennung, daß gegen die Errichtung eines Betriebes kein polizeiliches Hindernis besteht, wobei die Betriebserlaubnis einer (früher sog.) polizeilichen Erlaubnis gleichzusetzen ist, die den Charakter einer konkreten Befreiung von einem Verbot hat. Sie ist allerdings nicht grundlos entzugsfähig, sondern der Inhaber muß in ihrem Besitz auch vom Staat gegenüber den Subjekten öffentlicher Verwaltung geschützt werden; es sei denn, es liegen rechtliche Gründe zu ihrer Aufhebung oder zur Beschränkung vor.

- - - - -

1) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, I. Teil, 1961, § 43 III c, S. 224/225.

2) Der verwaltungsrechtliche Besitzstand ist eine Verstattung, wenn die Berechtigung irgendwelchen kollidierenden öffentlichen Interessen weichen muß, welche die zuständige Behörde ermessensfehlerfrei für vorzugswürdig hält. Der Inhaber einer Verstattung hat lediglich einen Anspruch darauf, daß seine Berechtigung nicht ermessensfehlerhaft beeinträchtigt oder entzogen wird. Der Besitzstand ist eine Gestattung, wenn die Berechtigung nur aus gesetzlich bestimmten Gründen einem erheblicheren öffentlichen Interesse weichen muß (vgl. H.J. Wolff, aaQ, § 43 III c.).

Selbst aber jene, die der Auffassung sind, daß die Erteilung einer gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis dem Berechtigten ein subjektives öffentliches Recht verschafft - was insbesondere aus §§ 33a, 34, 34a, 40, 49, 51, 58 und 63 GewO folgen soll - wollen den Eigentumsschutz des Art. 14 GG auf sie nicht erstrecken¹⁾. Auch Landmann-Rohmer und Michel, die dem Inhaber eines vorhandenen und eingerichteten Gewerbebetriebes ein öffentliches und privates Recht zusprechen, wollen damit lediglich zum Ausdruck bringen, daß dem Berechtigten ein Recht auf den (Fort-)Bestand des Betriebes aus der erteilten Erlaubnis heraus zusteht. Die aus der Erlaubnis hervorgehenden Rechte sollen seinen Besitz schützen. Sie stellen somit nichts anderes dar, als was andere Autoren den negativen Anspruch auf Abwehr nennen.

Zumindest wollen sie wohl alle nicht das von ihnen postulierte Recht auf ungestörten Fortbestand des Gewerbebetriebes mit dem vom Staat verliehenen Vollrecht gleichsetzen, dem der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung den Schutz des Art. 14 GG zukommen läßt und dem das Bundesverfassungsgericht bei Vorliegen weiterer besonderer Umstände ebenfalls den Schutz angedeihen lassen will.

Die Autoren verstehen unter dem in der Gewerbeerlaubnis liegenden subjektiven öffentlichen Recht ein Recht auf Abwehr, ein Recht auf Unterlassen störender Eingriffe. Sie sehen darin aber auch ein Recht auf (Fort-)Bestand nach Ausübung und Ins Werksetzen der Erlaubnis und qualifizieren es gewissermaßen als subjektives öffentliches Recht auf Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber dem Staat.

- - - - -
1) z.B. v. Turegg, aaO, S. 98.

Sie identifizieren es nicht mit der im besonderen anerkannten Konzession, die übereinstimmend mit der Entstehung, d.h. mit der Erteilung, als Vollrecht qualifiziert wird. Die gewerberechtliche Konzession im Sinne einer echten Rechtsverleihung beinhaltet mit ihrer Erteilung ein Recht auf ein bestimmtes Tun des Inhabers, und nicht ein Recht auf Unterlassen des Staates, das einer gewöhnlichen Erlaubnis eigen sein mag. Eine gewerberechtliche Konzession qualifiziert sich dann als Vollrecht, wenn dem Berechtigten eine bestimmte Rechtsmacht verliehen worden ist, indem sich der Staat bestimmter eigener Aufgaben entledigt und sie dem Berechtigten überträgt oder bestimmte Hoheitsrechte oder Monopolrechte aufgibt und überträgt.

Das aus der gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis hervorgehende Recht auf Fortbestand und Schutz unterscheidet sich insoweit von den vom Staat im Bereich des Gewerberechts besonders übertragenen Rechten, die mit der Erteilung und Übertragung schon entstanden und in der übertragenen Berechtigung als ein Recht auf ein bestimmtes Tun des Inhabers enthalten sind.

Der Bundesgerichtshof bezog nur diese Rechte in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG ein, was in seiner Rechtsprechung immer wieder zum Ausdruck kommt. Der Bundesgerichtshof - nicht so das Bundesverfassungsgericht, das den Eigentumsschutz jeweils aus anderen Gründen ablehnte- untersuchte deshalb von Fall zu Fall den rechtlichen Charakter der Berechtigung. Nur wenn die Berechtigungen den rechtlichen Gehalt im obigen Sinne hatten, konnte der Eigentumsbegriff auf sie erstreckt werden.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts zählt die gewöhnliche

Gewerbeerlaubnis, die nicht im Sinne einer echten Konzession als subjektiv öffentliches Recht angesprochen werden kann, nicht zu den Berechtigungen und rechtlich geschützten Positionen, die dem Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte zugeordnet werden können.

Die Personalkonzession zum Betriebe einer Apotheke und die Rechtsposition, die mit der vom Staat verliehenen Berechtigung verbunden ist, in einem bestimmten Kehrbezirk das Kehrmonopol auszuüben, stellen nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes ein derartiges subjektives öffentliches Recht dar, dem der Eigentumsschutz des Art. 14 GG nicht versagt werden darf.

Das Bundesverfassungsgericht sieht zwar in der vom Staat verliehenen Berechtigung zur Verwaltung eines Kehrbezirks ein subjektives öffentliches Recht, verneint aber den Eigentumsschutz, weil bei dieser Rechtsposition die öffentlich-rechtlichen Elemente überwiegen.

Dagegen sieht das Bundessozialgericht in der Zulassung zum Kassenzahnarzt ebenfalls ein eigentumsähnliches Recht im Sinne des Art. 14 GG, wobei es darauf abstellt, daß neben dem Einsatz von Kapital und eigener Arbeitsleistung als wesentliches Eigentumsmerkmal eine vom Staat erfolgte Verleihung einer Berechtigung in der Form eines subjektiven öffentlichen Rechtes der eigenen Tätigkeit vorausging.

Nach der Rechtsprechung genießen mithin nur die auf subjektiven öffentlichen Rechten beruhenden Bewilligungen den Schutz des Art. 14 GG. Der gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis, der der besondere Rechtscharakter des subjektiven öffentlichen Rechtes nicht innewohnt, bleibt der Schutz nach der Rechtsprechung versagt.

Die Gewerbe genehmigungen unterscheiden sich jedoch von den vom Staate verliehenen Berechtigungen hinsichtlich der tatsächlichen Auswirkung durch ihren unterschiedlichen rechtlichen Gehalt, in ihrem Rechtscharakter und nach ihrer Entstehung. Gemeinsam ist ihnen, daß sie die Voraussetzung für ein bestimmtes Gewerbe oder eine bestimmte zulassungserforderliche Tätigkeit bilden.

Gerade das aber, was das Bundesverfassungsgericht an besonderen Voraussetzungen über den rechtlichen Charakter der Berechtigungen hinaus verlangt, um ein subjektives öffentliches Recht zum Eigentum im Sinne des Art. 14 GG zu stempeln, trifft in den meisten Fällen für den Gewerbebetrieb zu, der auf einer gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis beruht.

Aus der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ - "gesicherter Bestand eines Gewerbeausübungsrechtes" - könnte gefolgert werden, daß diese Entscheidung für die im Gewerbebereich vorherrschende allgemeine Gewerbeerlaubnis getroffen worden wäre.

Allein aus den späteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist zu entnehmen, daß es den Schutz auf subjektiv öffentliche Rechte mit starkem privatrechtlichen Einschlag beschränkt wissen will²⁾.

Bei der Festlegung oder eigentlich Umschreibung der eigenschaftsbildenden Merkmale stellt das Bundesverfassungsgericht gerade auf die Gegensätze zwischen dem mehr "öffentlichen" Handwerksbetrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters und dem rein privaten Handwerksbetrieb ab. Die eigenschaftsbildenden Merkmale liegen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts darin

- - - - -

1) BVerfGE 1, S. 277/278.

2) Vgl. insbesondere BVerfGE 4, S. 219 - 250 (240/241).

begründet, daß sich der Inhaber den Betrieb durch eigene Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem durch den Einsatz seines Kapitals geschaffen hat, wobei er das Unternehmerrisiko trägt und das Unternehmen einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht will allerdings nur die eigentumsbildenden Merkmale zusammen mit einem subjektiven öffentlichen Recht dem Eigentumsschutz unterstellen. Die eigentumsbildenden Merkmale werden aber gerade jenen Betrieben entnommen, die frei oder möglicherweise lediglich auf Grund einer erteilten einfachen Gewerbeerlaubnis betrieben werden, und für die sie schlechthin symptomatisch und charakteristisch sind. Diesen Berechtigungen zum Betrieb des Gewerbes fehlt nur der Charakter des subjektiven öffentlichen Rechts.

Daran hält auch das Bundessozialgericht nach dem eingehend begründeten Urteil vom 19.3.1957¹⁾ fest, wenngleich es auch nicht ausdrücklich auf den Charakter der Rechtsposition, die aus der Zulassung hervorgeht, eingeht und sie als subjektiv öffentliches Recht ansieht. Aus verschiedenen Formulierungen, wie: "aus der Zulassung begründetes Recht", "subjektive öffentliche Rechte dürfen deshalb nicht ausgeschlossen werden", "Berechtigungen, die in ihrer Bedeutung und damit wirtschaftlich gesehen auch in ihrem Vermögenswert entscheidend von den beruflichen Fähigkeiten und der Initiative des Berechtigten abhängen", "in der auf dem öffentlichen Recht beruhenden Berechtigung" und "ob das subjektive öffentliche Recht im Rechtsverkehr verwertbar ist" ist jedoch zu entnehmen, daß auch das Bundessozialgericht noch abstellen will auf den

- - - - -

1) BSGE 5, 40 ff (42 ff).

besonderen Rechtscharakter der Zulassung, auf die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechtes durch diese, wenngleich in den entscheidenden Feststellungen des Urteils - was nicht verkannt werden soll - das Gericht nur von "öffentlich-rechtlicher Rechtsposition" spricht, und es an anderer Stelle formuliert, daß "für die Unterstellung dieser Rechtsposition unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG die mit der Verwirklichung des Rechtes notwendig verbundene eigene Leistung als ausschlaggebend angesehen werden muß".

Demgegenüber ist Dürig der Auffassung¹⁾, daß das Bundessozialgericht bewußt auf die Feststellung oder Untersuchung verzichtet hat, die Zulassung stelle ein subjektives öffentliches Recht dar; denn der Fall sei nur deswegen eigentumsrechtlich relevant, weil sich der Kläger auf Grund eines formell rechtskräftigen und ohne Vorbehalt erlassenen Verwaltungsaktes als Kassenzahnarzt betätigt habe, was allein genüge.

Das Gericht ging aber doch wohl davon aus, daß das aus der Zulassung hervorgehende Recht einen so starken Rechtsgehalt hatte (zugeschnitten auf ein subjektives öffentliches Recht), daß es auf eine ausdrückliche Klärung des Begriffes verzichten konnte. Diese Ansicht findet Unterstützung durch das Urteil des Bundessozialgerichtes vom 29.1.1959²⁾, in dem sich das Gericht auf seinen Grundsatz beruft, "das auch subjektive öffentliche Rechte Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sein können". Jedenfalls hat das Bundessozialgericht nicht auf Feststellung eines bestimmten Rechtsgehaltes der Zulassung aus dem Grunde verzichtet, weil es jede gewerberechtliche Erlaubnis oder Erlaubnis zur freiberuflichen Tätigkeit für eigentumsähnlich ansieht, wenn diese nur mit

- - - - -

1) Anm. z. Urteil d. Bundessozialgerichts v. 19.3.1957, JZ 1958, 22 ff.

2) NJW 1959, S. 1338.

einer eigenen Leistung verbunden ist, und in ihr Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind.

Dürig, der dem Urteil des Bundessozialgerichts bezüglich des Rechtscharakters der Zulassung eine geringere Bedeutung beimißt, und darauf abstellt, daß allein der ins Werk gesetzte rechtskräftige Verwaltungsakt maßgeblich sei, will allerdings ebenfalls in dem Urteil seine eigenen Thesen bestätigt sehen¹⁾; man wird ihm aber jedenfalls insoweit nicht folgen können, als er meint, daß das Bundessozialgericht auf die Feststellung eines subjektiven öffentlichen Rechtes verzichten wollte.

Aber auch jene Ausführungen, die das Bundessozialgericht dazu macht, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um ein Recht als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusprechen (hier nun abgesehen von denjenigen zum rechtlichen Charakter der der Betätigung zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Berechtigung), treffen - wie die Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts - auch oder gerade für die Gewerbeerlaubnis gewöhnlicher Art zu. Die vom Bundessozialgericht vertretene Rechtsmeinung könnte sogar gerade auf die zugeschnitten sein.

Es ist deshalb wenig verständlich, daß sie nur deswegen nicht von Art. 14 GG umfaßt werden sollen, weil sie in ihrem rechtlichen Rang geringerwertig sind als andere Berechtigungen, die ihrem Rechtscharakter nach subjektiv öffentliche Rechte darstellen.

- - - - -
1) Dürig, aaO, S. 22 und Festschrift f. Apelt, S. 13 ff.

IV. Argumente gegen die Einbeziehung der Gewerbeerlaubnis
in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG und kritische
Äußerungen dazu

Die Auffassung, die nur auf der rechtlichen Rangunterscheidung beruht, ist kaum zu halten. Hier knüpft dann auch das Schrifttum¹⁾ mit berechtigter Kritik an und kommt zum überzeugenden Beweis des Gegenteils.

Es erhebt sich deshalb die Frage: was spricht allgemein gegen die Aufnahme der Gewerbeerlaubnis in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte?

1. Die Gründe für die Besorgnis des Bundesverfassungsgerichts

Es sind zunächst jene Gründe, die sich allgemein gegen die Erweiterung des Eigentumsschutzes richten, und die sich schon der Aufnahme der subjektiv öffentlichen Rechte in den Kreis der geschützten Rechte entgegenstellten. Diese sind vor allem vom Bundesverfassungsgericht unter Übernahme der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Begründung seiner Auffassung herangezogen worden. Schon an anderer Stelle²⁾ wurde darauf hingewiesen, daß diese Begründung, die sich gegen die allgemeine Erweiterung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG wendet, nicht zutreffend ist. Was dort für die Erweiterung der Eigentumsgarantie sprach, gilt hier gleichermaßen, da es sich in beiden Bezügen um die Ausweitung des Eigentumsschutzes handelt.

Es kann dem Bundesverfassungsgericht nicht beigetreten werden, daß aus der systematischen Einordnung des Eigentumsschutzes im Grundgesetz, insbesondere aus der Verbindung von Eigentum und Erbrecht, eine Beschränkung auf private Vermögensrechte folgen soll. Die Wandlung des Enteignungsbegriffs hat auch seine systematischen Bezüge zumindest so weit verändert,

- - - - -

1) Vgl. Teil B II, S. 37-58; Weber, S. 37; E. R. Huber, S. 38; Abraham, S. 38/39, Stödter, Haas u. Giese, S. 39, Ipsen, Dürig, Scheuner, Weber, Forsthoff und Schack, S. 40 ff, Ule, S. 52, ff., Hamann, S. 55, H. J. Wolff, S. 56, Klein, S. 57, Reinhardt, S. 57.

2) Vgl. S. 63 u. 64.

daß einer Argumentation aus der überkommenen Systematik der Boden weithin entzogen ist. Auch die Berufung auf die Tradition der Weimarer Zeit und die Behauptung, das Grundgesetz ziehe den Eigentumsbegriff möglicherweise enger als die Weimarer Reichsverfassung¹⁾, sind nicht zutreffend.

Das entscheidende Argument des Bundesverfassungsgerichts, daß der Eigentumsschutz des Art. 14 GG auf das Privatrecht gemünzt und abgestellt sei, kann im Endeffekt nicht überzeugen. Selbst das Bundesverfassungsgericht spricht hier nur von der "privaten Sphäre"²⁾. Die private Sphäre ist aber nicht identisch mit dem Bereich des Privateigentums; denn zur privaten Sphäre, d. h. zum unmittelbaren Rechtskreis individuellen Handelns außerhalb staatlicher Einordnung, gehören auch - was Scheuner schon bewiesen hat³⁾ - diejenigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Berechtigungen, ohne die bestimmte private Erwerbsunternehmungen nicht betrieben werden können.

2. Die Auflösung des Enteignungs- und des Eigentumsbegriffs

Das Hauptargument, das gegen die Aufnahme der Gewerbe-erlaubnis in den Kreis der geschützten Rechte spricht, und das auch gegen den Eigentumsschutz für subjektiv öffentliche Rechte erhoben wird⁴⁾, nämlich, daß damit eine völlige Verflüchtigung und maßlose Ausdehnung des Eigentumsbegriffs die Folge sei (BVerwGE 3, 257), ist ebenfalls nicht zutreffend.

Dieses in der Zeit der Weimarer Verfassung zwar unausgesprochene Argument war der eigentliche Grund dafür, daß seinerzeit den öffentlichen Rechten der Eigentumsschutz versagt

- - - - -

1) BVerfGE 3, S. 398 ff.

2) aaO, S. 401.

3) Anm. z. Urteil d. Bundesgerichtshofes v. 23. 4. 1956 (Schornsteinfegerurteil), DÖV 1956, 575.

4) BVerfGE 2, S. 380 ff (400-402).

blieb. Zugrunde lag dieser Meinung die auch heute noch bestehende Scheu vor einer Entschädigungshypertrophie¹⁾. Diese Gefahr wird jedoch auch jetzt noch überschätzt.

Man wird davon ausgehen müssen, daß ein großer, wenn nicht sogar der größte Teil der Gewerbebetriebe ohne staatliche Erlaubnis betrieben werden kann. Hier hat der Staat nur eine beschränkte Eingriffsmöglichkeit. Ein Eingreifen in diese Betriebe durch die Verwaltung bleibt eigentlich nur im Rahmen der polizeilichen Bestimmungen. Wenn allerdings der Staat eine Betätigung von einer Genehmigung abhängig macht (wenn auch aus polizeilichen Gründen) und sich damit im Einzelfall im Rahmen der Gesetze gewissermaßen ein Eingreifen vorbehält, dann ist es nicht unbillig, wenn er auch in stärkerem Maße mit Verpflichtungen belastet wird. Greift der Staat in irgendeiner Form in einen Betrieb ein, der nicht genehmigungspflichtig ist, wird sich der Eingriff bereits als ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, der entschädigungspflichtig ist, da der eingereichte und ausgeübte Gewerbebetrieb ein durch Art. 14 GG geschütztes privates Recht ist. Das muß für einen genehmigungspflichtigen Betrieb auch gelten. Darüberhinaus stellt die Aufhebung der Erlaubnis an sich den stärksten überhaupt möglichen Eingriff dar, der dann erst recht entschädigungspflichtig ist. Schon aus dieser Sicht heraus muß die gewerberechtliche Erlaubnis in die Eigentums-garantie des Art. 14 GG einbezogen werden.

Hier soll allerdings nur die Art der Erlaubnis des Gewerberechts erörtert werden, die die Voraussetzung zur Betätigung eines stehenden Gewerbes ist. Hingegen werden von der Eigentums-

- - - - -

1) Dürig, Festschrift f. Apelt, S. 19 u. 53 ff (54/55).

garantie nicht umfaßt die freiwiderruflichen Ausnahmegewilligungen des Verwaltungsrechts, die ebenfalls auf dem Gebiete des Gewerberechts erteilt werden. So z.B. die Erlaubnis zum Kuchenverkauf an Sonntagen¹⁾.

Da es sich beim Gewerberecht um ein fest umrissenes Rechtsgebiet handelt und die Bestimmungen für Gewerbeberechtigungen aus der Gewerbeordnung und den Nebengesetzen leicht zu benennen oder aufzuzählen sind, steht insoweit die Gefahr einer uferlosen Ausweitung oder Verflüchtigung des Eigentumsbegriffs nicht zu befürchten.

3. Blockierung der Gesetzgebung und der Verwaltung

Das Bundesverfassungsgericht²⁾ meldet auch insoweit Bedenken an, als bei Einbeziehung vermögenswerter Positionen des öffentlichen Rechts in den Eigentumsbegriff "der Gesetzgeber solche Positionen nur noch verbessern, nicht aber - ohne Entschädigung oder vorherige Änderung des Grundgesetzes - verschlechtern dürfte. Art. 14 GG könnte damit die einfache Gesetzgebung weitgehend blockieren und eine Anpassung des Rechts an die Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse hintanhalten".

Der Eigentumsbegriff, der die Gewerbeerlaubnis einschließt, hat diese Blockierungswirkung nicht.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß die Auflösung des Enteignungsbegriffs nicht in der Ausweitung der Schutzobjekte bestanden hat, also die Erweiterung nicht schuld an der Entschädigungswelle gewesen ist. Die Auflösung des Enteignungsbegriffs hat sich dadurch vollzogen, daß die Eingriffe zu weitgehend als Enteignungen deklariert worden sind³⁾.

- - - - -
1) Vgl. BGH in Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 78, 102 ff.

2) BVerfGE 2, 380 (402).

3) Haas, System der öfftl. Entschädigungspflichten, S. 39;
Seuffert, Bayer. Enteignungsrecht, 1957, S. 12

Die im Schrifttum allmählich herausgearbeitete differenzierte Lösung scheidet einen großen, wenn nicht den größten Teil aller vermögenswerten öffentlichen Berechtigungen von vornherein aus dem Kreis der geschützten Rechte aus. In manchen Fällen wird sich zeigen, daß gewisse "Berechtigungen" in Wahrheit nur bloße vermögenswerte Chancen des öffentlichen Rechts sind, die von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht erfaßt werden. Für den restlichen Teil der zum Eigentum gehörenden Rechte bleibt die soziale Bindung bestehen. Denn "vorbehalten bleibt stets die generelle Neugestaltung öffentlicher Rechtsverhältnisse auch nach ihrer finanziellen Seite, soweit sie nur eine Inhaltsbestimmung darstellt"¹⁾. Beispiele solcher Eigentumsbindungen sind etwa die Änderungen der Altersgrenze im Recht der öffentlichen und öffentlich gebundenen Berufe oder Änderungen des Invaliditätsbegriffs im Sozialversicherungsrecht.

Speziell für die gewöhnliche Gewerbeerlaubnis - abgesehen davon, daß sie nur dann dem Eigentum im Sinne des Art. 14 GG zugerechnet werden kann, wenn sie tatsächlich ins Werk gesetzt ist - ist folgendes festzuhalten: Die auf Grund der im Gewerberecht und den gewerberechtlichen Nebengesetzen festgelegten Rücknahme - und Aufhebungsgründe erfolgte Entziehung oder Beschränkung der Gewerbeerlaubnis stellt keinesfalls eine Enteignung dar, sondern hält sich im Rahmen der Eigentumsbindung. Im Gewerberecht sind es fast ausschließlich jene Fälle, die zur Entziehung der Berechtigungen führen. Von einer Entschädigungshypertrophie kann deshalb insbesondere bei der Einbeziehung von Gewerbegenehmigungen in den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff keinesfalls die Rede sein.

- - - - -

1) Scheuner, DÖV 1956, S. 576.

V. Die Argumente des Schrifttums für die Einbeziehung der Gewerbe genehmigungen in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG und die von ihm aufgestellten eigentumsbildenden Merkmale

Die Hauptargumente in dem Streit um die Weite der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sprechen auch für die Einbeziehung der Gewerbeerlaubnis in diesen Schutz. Das gilt für die überwiegende Zahl der Meinungen im Schrifttum, soweit es sich mit der Aufnahme von Gewerbeberechtigungen befaßt hat, was mit nur wenigen Ausnahmen (so Ule vom Gegenstand der zit. konkreten Abhandlung her) geschehen ist¹⁾.

Weber will offenbar auch diese Arten der Gewerbeerlaubnis einbezogen wissen; denn zu vermögensrechtlichen Berechtigungen, die von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erfaßt werden, zählt er neben dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Berufsstellungen der freien (gebundenen) Berufe²⁾. Nach seiner Auffassung können auch öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen "Eigentum" sein, wenn ihnen Merkmale eignen, die den Eigentumsbegriff konstituieren, wenn in ihnen also Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind. Aus dem Hinweis auf die Entschädigungspflicht bei der Rücknahme polizeilicher Genehmigungen (§§ 23, 24 nrw. OBG), bei denen es sich um einfache Verwaltungsakte und nicht um subjektive öffentliche Rechte handelt, im Zusammenhang mit seinen sonstigen Ausführungen kann man entnehmen, daß Weber den Schutz nicht allein auf subjektive öffentliche Rechte beschränken will.

Nach Scheuner können alle persönlichen, vom Rechte

- - - - -
1) Ule, "Rentenkürzungen als Enteignung?". Zeitschrift für Sozialreform, 1956, S. 138 ff. und 180 ff. (181).

2) Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 352.

geschützten Rechtspositionen, die einen vermögenswerten Gehalt aufweisen, Gegenstand der Enteignung sein. Aus der engen Verflechtung des öffentlichen Rechts mit dem privaten, persönlichen Bereich sieht er es nicht als erforderlich an, daß in jedem Fall ein subjektives öffentliches Recht im strengen Sinne vorliegt. Eine rechtlich gesicherte Position wirtschaftlicher Art reicht nach seiner Ansicht aus¹⁾. Im Sinne einer Ausdehnung und Erweiterung umfaßt deshalb die Eigentumsgarantie auch solche öffentlich-rechtlichen Rechtsstellungen, die, wie Gewerbekonzessionen, Wohnraumzuweisungen und Baugenehmigungen, die Grundlage für eine privatrechtliche wirtschaftliche Tätigkeit bilden²⁾. Denn Art. 14 GG wolle die wirtschaftliche Lebensbasis gewährleisten und zu dieser zählen, sofern sie die Voraussetzung zu privatrechtlicher Betätigung bilden, gerade solche Rechtsstellungen. Scheuner verweist hier ausdrücklich die Erlaubnis des Gewerberechts allgemeiner Art, die Voraussetzung für eine gewerberechtliche Betätigung ist, in den Kreis der geschützten Rechte. Das geht insbesondere daraus hervor, daß er auf die öffentlich-rechtlichen Gewerberechte der §§ 16, 51 GewO hinweist, die expressis verbis Gegenstand von Entschädigungsformen sind.

Der Streit um den Begriff Eigentum im Sinne des Art. 14 GG betrifft nach Hamann in erster Linie öffentlich-rechtlich fundierte Rechtspositionen von wirtschaftlicher Bedeutung, wie z.B. die Gewerbekonzessionen. Zum richtigen Ergebnis gelangt man nach Hamann³⁾ nur dann, wenn man dem Inhaber eines eingerichteten Gewerbebetriebes sowohl ein privates als auch öffentliches

- - - - -
1) Scheuner, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 63 ff (96/97).

2) aaO, S. 98.

3) Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Bd. 1, 1953, IV. Kap.; S. 81 und Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1957, S. 141.

Recht zuerkennt, kraft deren er Eingriffe von Einzelpersonen und vom Staate abwehren kann. Das setzt aber voraus, daß es sich um einen Betrieb handelt, den sich der Inhaber durch seine Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem durch den Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem er das Unternehmerrisiko trägt und der einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt. Mit einem ausdrücklichen Hinweis auf den Rechtscharakter der Erlaubnis im Gewerberecht und Baurecht räumt Schack¹⁾ die Möglichkeit ein, daß sich aus ihnen unter Umständen eine rechtlich geschützte Position ergeben kann, die in ihrem Gesamtcharakter eine Rechtsstellung einnimmt, die als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen ist. Schack ist der Ansicht, daß eine notwendige wirtschaftlich wertende Betrachtungsweise - wie der Bundesgerichtshof sie in ständiger Rechtsprechung bei einer Enteignung zugrunde legt - geradezu zur Aufnahme dieser Rechtsstellungen, die auf eine Erlaubnis zurückgehen oder auf ihr beruhen, in den Kreis der durch Art. 14 GG geschützten Rechte zwingt.

Reinhardt²⁾, der im übrigen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Einführung einer Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister (BVerfGE 1, 264 ff) für nicht zutreffend hält, zählt auch den Gewerbebetrieb zu den enteignungsfähigen Positionen, woran sich grundsätzlich auch dadurch nichts ändere, daß die Ausübung des Gewerbebetriebes weitgehend durch öffentlich-rechtliche Normen bestimmt wird.

- - - - -

1) Neuordnung des öffentl. rechtl. Entschädigungsrechts, Gutachten für den 41. DJT, Bd. 41, 1 Halbbd, 1955, S. 1-60 (40 Anm. 169).

2) Reinhardt, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 40 Anm. 38 Abs. 3.

Sehr intensiv und präzise, und deshalb wohl am erfolgreichsten, hat sich Dürig mit der Frage nach der Enteignungsfähigkeit der Gewerbeerlaubnis oder der Rechtsposition, die sich aus der Erlaubnis ergibt oder auf ihr beruht, befaßt. Seine Darlegungen sollen als die wichtigsten Ausführungen zu diesem Fragenkomplex abschließend wiedergegeben werden.

Dürig setzt voraus, daß es für das elementare Recht auf den Bestand an materiellen Gütern begrifflich gleichgültig ist, ob diese Sicherung durch Grundstücke, bewegliche Sachen oder Forderungsrechte erreicht wird. Es muß sich dabei jedoch um Sicherungen handeln, die in einem redlich erworbenen, rechtsbeständigen Recht bestehen und nicht nur Chancen, Interessen, Vorteile und faktische Machtpositionen darstellen.

Dürig geht in seiner Besprechung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 19. 3. 1957 (Entziehung der Zulassung zur Kassenzahnarztpraxis) einen entscheidenden Schritt weiter als die Rechtsprechung¹⁾. Er geht aus von der Tatsache, daß sich das Bundessozialgericht allein nach dem aus dem Verwaltungsakt (Zulassung) entstandenen subjektiven öffentlichen Recht auf Fortbestand orientiert, ohne daß es feststellt, ob es sich überhaupt um ein derart rechtsbeständiges (gegen Widerruf gefeites) subjektiv öffentliches Recht handelt²⁾. Dürig meint allerdings, daß sich das Gericht weder um eine Definition des subjektiven öffentlichen Rechts müht, noch der dogmatischen Dreiteilung (Gewährung - Gestattung - Ausnahmegewilligung) nachgeht. Für ihn ist nur maßgebend, daß in tatsächlicher Hinsicht ganz deutlich wird, daß sich der Rechtsinhaber auf Grund eines formell rechtskräftigen und ohne Vorbehalt erlassenen Verwal-

- - - - -

1) Anm. z. Urteil des Bundessozialgerichts v. 19. 3. 1957, JZ 1958, S. 22 ff.

2) Der Verfasser ist anderer Auffassung, vgl. S. 82 u. 83

tungsaktes als Kassenzahnarzt betätigt hat. Nach seiner Auffassung wurde nur deshalb der Fall eigentumsrechtlich relevant, wie auch die eigentumsrechtlichen Ausführungen des Bundessozialgerichts insgesamt nur für derart vollzogene (oder anders gesagt "ins Werk gesetzte") Berechtigungen bedeutsam sind.

Nach Dürig sind, um die den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmalen zu bestimmen, zwei personale Vorgänge des "Erdienens" die begriffsbildenden Momente des Eigentums. Das ist einmal die eigenverantwortliche Leistung, die sich als "Vergegenständlichung" der persönlichen Entfaltungsfreiheit in der äußeren Güterwelt als "Eigentum" niederschlägt, und zum anderen als weiteres alternatives Merkmal das besondere Opfer, das von einem einzelnen Staatsbürger erbracht wird.

Für die Thematik der vorliegenden Arbeit ist nur das erste Merkmal, die eigenverantwortliche Leistung, von Bedeutung.

Bei der eigenverantwortlichen Leistung tritt Dürig mit dem Bundessozialgericht einer einseitigen Betonung des Kapitaleinsatzes entgegen, wie sie das Bundesverfassungsgericht vorgenommen hat. Gleichwertige eigentumsbildende Merkmale sind Kapitaleinsatz oder (nicht im Sinne einer kumulativen Häufung "und") Arbeitseinsatz, wobei in den meisten Fällen selbstverständlich Investitionen von Kapital und Arbeit zusammenfallen. Da durch die Verflochtenheit von Staat und Wirtschaft ein eigener Leistungseinsatz oft nur auf der Basis öffentlicher Berechtigungen möglich ist, und gerade im Gewerberecht jeder eingerichtete und ausgeübte Betrieb eine Rechts- und Sachgesamtheit bildet, die gar nicht mehr in ihre privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elemente zerlegt werden

kann, ist charakteristisch für die Gewerbeberechtigungen, daß sich öffentlich-rechtliche Berechtigungen vor die eigene Leistung schalten und zur Voraussetzung für den Eigentumseinsatz von Kapital und Arbeit werden.

Auch der Verwaltungsakt der Zulassung im Urteil des Bundessozialgerichts war Voraussetzung der kassenzahnärztlichen Tätigkeit. Die Untersuchungen zum Eigentumsrecht können sich daher nicht allein auf subjektiv öffentliche Rechte beziehen, sondern werden für das ganze staatliche Genehmigungswesen im weitesten Sinne, also insbesondere für das Gebiet des Gewerberechts, bedeutsam.

Um einer Verflüchtigung des Wesens des Eigentumsbegriffs vorzubeugen (BVerfGE 3, 257), ist es entscheidend, daß an dem den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmal der Leistung festgehalten wird. Daraus folgt: " Der begünstigende Verwaltungsakt als solcher und die daraus gewährten, gestatteten, ausnahmsweise bewilligten Berechtigungen als solche sind (noch) kein Eigentum im Sinne der Verfassung, weil noch die eigene Leistung als eigentumsbegriffsbildendes Merkmal fehlt. Die Tatsache, daß Konzessionen, Genehmigungen oder Ausnahmbewilligungen Voraussetzung für den späteren Einsatz von Leistungen bilden und insoweit ohne Frage auch von Vermögenswert sind, begründet für sich allein noch nicht den Eigentumsbegriff"¹⁾.

Nach Dürig sind alle diese Berechtigungen nur so lange vermögenswerte Chancen, bis die Berechtigung "ins Werk gesetzt" wird, wobei er darauf hinweist, daß der Vorgang des Inswerksetzens im Verwaltungsrecht immer der Grund

- - - - -

1) Dürig, aaO, S. 23.

für den Vermögensschutz gewesen ist (§ 51 GewO, §§ 42 I c und d mit 72 II Pr.PVG) und daß auch dem Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes derselbe Gedanke zugrunde liegt.

VI. Zusammenfassung, Ergebnis und eigene Stellungnahme

Wenn man die Ausführungen von Weber, Scheuner, Hamann, Schack und Dürig einander gegenüberstellt, so ist leicht festzustellen, daß sie in ihren Grundthesen weitgehend übereinstimmen. In der Terminologie unterscheiden sie sich allerdings stärker.

Ihre Übereinstimmung besteht darin - logisch gefolgert aus den Überlegungen über den Eigentumsschutz subjektiver öffentlicher Rechte -, daß sie bei der geschützten Rechtsposition nicht mehr abstellen auf den Rechtscharakter des geschützten Rechtes im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechtes, sondern es an einer Position "minderen Rechtscharakters" genügen lassen.

Während Weber "öffentlichen Rechtsstellungen" unter gewissen Voraussetzungen Eigentumsschutz gewähren will, genügen Scheuner "rechtlich gesicherte Positionen wirtschaftlicher Art" und Hamann "öffentlich-rechtlich fundierte Rechtspositionen von wirtschaftlicher Bedeutung". Nach Schack kann unter Umständen "eine Erlaubnis eine rechtlich geschützte Position ergeben", während Dürig nur noch auf einen "rechtskräftig und vorbehaltlos ergangenen begünstigenden Verwaltungsakt" abstellt, "der Voraussetzung für einen eigentumsbildenden Leistungsvorgang ist".

Allerdings lassen sie es übereinstimmend nicht allein an diesen Rechtspositionen und öffentlich-rechtlichen Berechtigungen genügen, sondern sie verlangen weiterhin eigentumsbildende

Merkmale. Nach Weber sind das "eigene Leistungen oder freies Schalten mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten" oder mit Scheuner rechtlich gesicherte Positionen wirtschaftlicher Art, "die die Grundlage für eine privatrechtliche wirtschaftliche Tätigkeit bilden und die wirtschaftliche Lebensbasis sichern". Bei Hamann muß es sich um einen auf der Erlaubnis beruhenden Gewerbebetrieb handeln, "den sich der Inhaber durch seine Arbeit und seine Fähigkeiten und den Einsatz von Kapital geschaffen hat", während Dürig sein Hauptaugenmerk auf das tatsächliche Ins Werksetzen der Erlaubnis richtet, die Voraussetzung für die Ausübung des Gewerbes bildet, nämlich ein Ins Werksetzen durch eine eigenverantwortliche Leistung, die im Bereiche des Gewerberechts entweder im Kapitaleinsatz oder im Arbeitseinsatz bestehen kann.

Dürig und auch Hamann gehen dabei ausdrücklich von dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus. Nichts anderes jedoch wollen Weber, Scheuner und Schack an sich zum Ausdruck bringen, wenn sie eine eigene Leistung des Rechtsinhabers voraussetzen oder von der Grundlage für eine privatrechtliche Tätigkeit sprechen, die die wirtschaftliche Lebensbasis sichern soll.

Auf dem Gebiete des Gewerberechts verschieben sich hier die Akzente vom rein Rechtlichen her (Rechtscharakter des geschützten Rechtes) mehr zum Tatsächlichen hin, worauf insbesondere Dürig hingewiesen hat. Das Recht allein kann nicht Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sein. Auch beim klassischen Eigentum ist es doch nicht das Recht an sich, das Recht in abstracto, sondern der Gegenstand, das, was sich im Tatsächlichen mit dem Recht verbindet.

Es ist schon verschiedentlich auf die enge Verflochtenheit von Staat und Wirtschaft hingewiesen worden, und es

bewahrheitet sich gerade hier im Bereich des Gewerberechts der vom Bundesgerichtshof oft betonte Satz, daß, wenn schon die staatliche Enteignung nach dem ganzen Vermögen der Bürger greift, die Eigentumsgarantie und der Enteignungsschutz auch das gesamte Vermögen des Bürgers decken muß. Insbesondere die Gewerbebetriebe bilden für eine große Zahl unserer Staatsbürger die einzige Kapitalanlage, in der sie ihre Arbeitskraft verbrauchen, und die für sie und ihre Angehörigen Lebensbasis und Existenz bedeuten.

Es ist in der Regel gerade die gewöhnliche Gewerbeerlaubnis, auf Grund derer sich der Erlaubnisinhaber einen Gewerbebetrieb aufgebaut hat, in dem sich in fast jedem Fall jene eigentumsbildenden Merkmale vereinigen, die das Bundesverfassungsgericht und das Bundessozialgericht als Voraussetzungen des Eigentumsschutzes verlangen. Der gewöhnliche genehmigungspflichtige Gewerbebetrieb ist es, "bei dem die privatrechtlichen Wesenszüge überwiegen und die öffentlich-rechtlichen Elemente zurücktreten". Der Inhaber eines solchen Betriebes kann ihn nur durch seine Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und durch den Einsatz von Kapital aufbauen und fortführen. Die Voraussetzungen, die die Gerichte für die Bildung des verfassungsmäßigen Eigentums aufstellen, scheinen auf die gewöhnliche Gewerbeerlaubnis zugeschnitten zu sein.

Diese Betriebe sind Eigentum der Inhaber in des Wortes wahrster Bedeutung. Dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der auch sonst geschützt wird (als absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB und als privates Recht im Sinne des Art. 14 GG), kann nicht nur deshalb der Schutz versagt werden, weil der Rechtsinhaber nicht über ein subjektives öffentliches Recht verfügt.

Es würde eine willkürliche Grenzziehung bedeuten, wenn man nur Gewerbeberechtigungen mit dem rechtlichen Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechtes in den Eigentumsschutz einbeziehen wollte, und die Rechtspositionen, die auf Grund einer normalen Gewerbeerlaubnis ausgebaut wurden, ausgeschlossen werden sollten.

Wenn andererseits der Staat das private Recht des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes" schützt und bei einer enteignenden Beeinträchtigung zur Entschädigung verpflichtet ist, muß er erst recht zur Entschädigung wegen einer Enteignung verpflichtet sein, wenn die Gewerbeerlaubnis an sich, auf Grund deren das Gewerbe betrieben wird, beeinträchtigt wird. Denn die stärkste Form der Beeinträchtigung des Gewerbes kann nur die Aufhebung und Beeinträchtigung der Gewerbeerlaubnis an sich sein.

Folgt man der bisherigen Rechtsprechung, so müßten die Entziehung oder die Beeinträchtigung der Erlaubnis entschädigungslos durchgeführt werden können, da dieses Recht von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht umfaßt würde, wenn nicht gleichzeitig ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Die Nichteinbeziehung der Erlaubnis in den Eigentumsschutz und damit ihre entschädigungslose Entziehung wäre ein unbilliges Ergebnis, denn die Entziehung des "Rechtes" als der schärfsten Form der Beeinträchtigung kommt einer Schließung des Betriebes gleich, die in jedem Falle eine Schädigung, nämlich einen sofortigen Substanzverlust, zur Folge hat. In praxi würde das bedeuten, daß das Eigentum nicht weiter genutzt werden kann.

Wenn nach alledem die gewöhnliche Gewerbeerlaubnis zwar nicht ein subjektiv öffentliches Recht beinhaltet, so kann gleichwohl doch festgestellt werden, daß sie nach ihrem

Inswerksetzen dem Inhaber eine Rechtsposition vermittelt und begründet, die als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG angesehen werden muß.

VII. Die Gewerbeerlaubnis - Eigentum im Sinne des Art. 14 GG

1. Die ausgeübte Gewerbeerlaubnis - ein vermögenswertes Recht

Schrifttum und Rechtsprechung stimmen darin überein, daß nur ein vermögenswertes Recht vom Eigentumsbegriff des Art. 14 GG umfaßt wird.

Im Gegensatz zu diesen von der Verfassung geschützten Rechten stehen die Chancen, Interessen, Vorteile und faktischen Machtpositionen, die nicht schutzwürdig sind.

Der begünstigende Verwaltungsakt, durch den eine Genehmigung oder Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes erteilt wird, bedeutet zwar im rechtlichen Sinne im Rahmen des Art. 14 GG mehr als eine bloße faktische Chance, er stellt schon eine Rechtsposition dar. Zumindest gewährt sie zu demjenigen Zeitpunkt ein "Mehr" gegenüber einer Chance, zu dem die Erlaubnis ins Werk gesetzt ist, wenn also das Gewerbe schon betrieben wird¹⁾. Von nun an besteht zumindest ein Recht auf Fortbestand oder noch eher ein Recht auf ungestörte Ausübung der Erlaubnis oder auf Abwehr gegen störende Eingriffe. Auch nach Dürig sind die Berechtigungen im Gewerberecht von diesem Augenblick an, in dem sie "ins Werk gesetzt" sind, keine bloße vermögenswerte Chance mehr²⁾.

Letztlich muß jedoch der genehmigungspflichtige Gewerbebetrieb als eine Rechts- und Sachgesamtheit angesehen werden, die eine Rechtsposition im Sinne des Art. 14 GG darstellt, ohne

- - - - -

1) Vgl. Dürig, aaO, S. 22 und Festschrift S. 46.

2) Vgl. Dürig, aaO, S. 22 und Festschrift S. 46/47.

daß die dem Gewerbebetrieb zugrunde liegende Erlaubnis die rechtliche Qualifikation eines subjektiven öffentlichen Rechtes hat.

Der Inhaber eines genehmigungspflichtigen und eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes besitzt deshalb eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition, der der Schutz des Art. 14 GG nicht versagt werden kann.

Kein Zweifel besteht daran, daß diese Berechtigungen, Rechtspositionen oder Rechtsstellungen vermögensrechtlichen Charakter haben. Denn die Errichtung, der Ausbau und die Fortführung des Gewerbebetriebes sind mit dem ständigen Einsatz von Leistungen durch den Rechts- und Gewerbebetriebsinhaber verbunden, der in der Investierung von Kapital oder in Arbeitsleistung seinen Niederschlag findet.

Es kann deshalb folgende Feststellung getroffen werden:

Die durch die rechtskräftigen und vorbehaltlos erteilten Genehmigungen auf dem Gebiete des Gewerberechts erworbene Rechtsstellung des Gewerbebetriebsinhabers ist dann Eigentum im Sinne der Verfassung, wenn dieser auf Grund der Genehmigungen eigene Leistungen eingesetzt hat. Die vollzogene eigene Leistung des Betriebsinhabers kann dabei im Einsatz von Kapitalien und in eigener Arbeit bestehen.

2. Weitere eigentumsbildende Merkmale

Es wäre jedoch systematisch und pragmatisch irrig, nun jeder Erlaubnis im Gewerberecht den Schutz des Art. 14 GG zu gewähren. Genau so wenig wie jedes subjektive öffentliche Recht kann jede Erlaubnis von Art. 14 GG umfaßt werden. Schwierig ist es jedoch, Grenzen zu ziehen und gewisse Genehmigungen

auszuschließen; sind es doch gerade die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundessozialgerichts, deren Ausführungen auf die gewöhnlichen Gewerbebegenehmigungen genau passen; denn sie vereinigen in sich die von der Rechtsprechung geforderten Merkmale.

Man kann jedoch nicht diejenigen Gewerbeberechtigungen ausschließen, bei denen die privatrechtlichen Elemente zurücktreten und die öffentlich-rechtlichen überwiegen (Schornsteinfegerurteil, Hebammenurteil), wie es das Bundesverfassungsgericht macht; denn die Ansprüche der Betroffenen sind durch jahrelange Leistung (an Arbeit) erdient¹⁾. Der Verfasser stellt die Arbeitsleistung dem Einsatz von Kapital gleich und kommt nicht zu einer Betonung des Kapitaleinsatzes, wie sie das Bundesverfassungsgericht vornimmt.

Dagegen sind solche Gewerbebegenehmigungen auszuschließen, die nicht von längerer Dauer sind und nur für einen kurzen Zeitraum erteilt wurden (z.B. Kuchenverkauf an Sonntagen, Schankerlaubnis an bestimmten Tagen). Es können nur solche Genehmigungen sein, die den Begriff eines Gewerbes im landläufigen Sinne erfüllen.

- - - - -
1) Vgl. Dürig, Festschrift, S. 44.

3. Abgrenzung zu Gewerbe genehmigungen, die nicht unter den Eigentumsschutz fallen

Wenn die drei Komponenten (Arbeitsleistung, Kapitaleinsatz, keine kurzfristige Erlaubnis) gegeben sind, wird man kaum noch verneinen können, daß es sich um Eigentum handelt, "wie das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen es geformt haben". Denn ein Gewerbebetrieb mit all seinen Einrichtungen, Aktiven und Passiven, Forderungen und dem zu entlohnenden Personal bildet eine zusammenhängende Einheit, die sowohl dem Inhaber die Möglichkeit zu freier wirtschaftlicher Betätigung gibt, als auch gleichzeitig seine notwendige Existenzsicherung ist. Er vereinigt in dieser Form alle auch im überkommenen und klassischen Sinne den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmale. In diesem Zusammenhang wird deutlich, daß das Rechtsinstitut der Erlaubnis eine untrennbare Rechts- und Sachgesamtheit umfaßt.

Nicht jede Erlaubnis ist somit Eigentum im Sinne des Art. 14 GG. Es kann jedoch nicht Aufgabe dieser Darlegungen sein, das gesamte Gewerbe recht und dessen Nebengebiete darauf zu untersuchen, welche Genehmigungen diese eigentumsbildenden Merkmale in sich vereinigen.

Hier bietet sich nun die Gruppe der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen zu einer bevorzugten Betrachtung an. Die gemischt persönlich und dingliche Erlaubnis verkörpert schlechthin den Typ des stehenden Gewerbes und beansprucht mit ihren dinglichen Momenten und der räumlichen Verbundenheit mit Grund und Boden in erhöhtem Maße den Einsatz von Arbeit und Kapital. Das gilt dagegen häufig nicht für die rein auf die Person abgestellte Genehmigung; vor allem dann nicht, wenn sie nur auf staatlicher Gewährung beruht und der Inhaber der Erlaubnis bei ihrer Ausübung kein werbendes Unternehmen aufzubauen braucht.

Zur Veranschaulichung sei zunächst auf einige Beispiele hingewiesen:

Die Erlaubnis zur Ausübung des Versteigerergewerbes (§§ 1, 2 des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16.10.1934 in der Fassung vom 12.2.1938) und die Erlaubnis zur Betätigung als Fleischbeschauer (nach dem Fleischbeschauengesetz vom 29.10.1940) werden in manchen Fällen kein Eigentum im Sinne des Art. 14 GG für den Inhaber begründen können, da diese Gewerbe oft nur nebenberuflich ausgeübt werden und kein nennenswerter Einsatz von Kapital und Arbeit mit ihnen verbunden ist.

Die Genehmigungen nach § 33 b der Gewerbeordnung (Erlaubnis zu gewerbsmäßigen Musikaufführungen usw. von Haus zu Haus oder auf öffentlichen Plätzen, Wegen und Straßen) und nach § 33 d GewO (Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Aufstellung von mechanisch betriebenen Spielen und Spieleinrichtungen) werden auf Zeit erteilt (oder können zumindest auf kurze Zeit erteilt werden) und können jederzeit aus allgemeinen Gründen des Verwaltungsrechts (frei) widerrufen werden (§ 40 GewO).

Die Widerruflichkeit der Genehmigungen bei gewissen Gewerbebetrieben beschränkt sich auf gesetzlich vorgesehene Fälle und hebt diese deshalb schon rein rechtlich - in ihrem rechtlichen Gesamtgehalt - von den anderen ab und gibt diesen eine besondere rechtliche Qualifikation. Die mangelnde Vergegenständlichung der Erlaubnis im weiteren Sinne geht zuweilen schon aus der gewährten Genehmigung hervor, wie das bei der nach § 33 b GewO erteilten Erlaubnis die Regel ist. In der Praxis wird allerdings auf den Einzelfall abzustellen sein, inwieweit im Tatsächlichen die Vergegenständlichung erfolgt ist.

Abschnitt II: Eigentumsschutz für gemischt persönliche
und dingliche Gewerbe genehmigungen

Da die gemischt persönliche und dingliche Gewerbe erlaubnis keinen besonderen Rechtscharakter gegenüber der gewöhnlichen Gewerbe berechtigung besitzt, ist sie der letzteren institutionell gleichzusetzen. Sie verkörpert aber in jedem Fall den Typ des stehenden Gewerbebetriebes schlechthin und vereinigt in sich - um das Ergebnis vorwegzunehmen - alle den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmale. Auf Grund ihres betont dinglichen Charakters erfüllt sie durchweg die aufgestellten Erfordernisse. Gerade wegen der dinglichen Elemente ist der Inhaber der Gewerbe erlaubnis in der Regel sachlich gezwungen, in höherem Maße Kapital und eigene Arbeit einzusetzen.

Zunächst bedarf es jedoch der Klärung, was unter einer gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe erlaubnis zu verstehen ist.

I. Begriff und Rechtscharakter der gemischt persönlichen
und dinglichen Gewerbe erlaubnis

Die Gewerbeordnung und die gewerberechtlichen Nebengesetze definieren den Begriff "gemischt persönliche und dingliche Gewerbe erlaubnis" nicht. Dieser terminus technicus ist dem Gesetz unbekannt.

Der Begriff ist gebildet worden, um damit gewisse Gewerbe genehmigungen zu erfassen, die an sich persönliche Genehmigungen sind, deren Besonderheit es aber ist, daß sie bestimmte Merkmale aufweisen, die der dinglich gebundenen Erlaubnis eigen sind. Sie werden dem Gewerbetreibenden für einen bestimmten Betrieb erteilt, wenn bestimmte sachliche und persönliche Voraussetzungen erfüllt sind¹⁾.

- - - - -
1) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht III, § 135 III 3,
Landmann-Rohmer, aaQ, V b § 16 Nr. 7.

Die Gewerbeordnung stellt die Erfordernisse zur Ausübung der erlaubnispflichtigen Gewerbe auf. Dabei kann die Ausübungserlaubnis für eine bestimmte Anlage oder für eine bestimmte Person erteilt werden. Das Gesetz zählt im einzelnen die Fälle auf, in denen zur Errichtung von Anlagen, welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstelle für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, eine Genehmigung erforderlich ist (§ 16 GewO). Aus dem Gesetzeswortlaut ist zu folgern, daß in den Fällen, in denen eine Erlaubnis für eine bestimmte Anlage notwendig ist, diese als dingliche oder besser als dinglich gebundene Erlaubnis anzusprechen ist. Die Erlaubnis wird für die Anlagen unabhängig von der sie jeweils betreibenden Person erteilt¹⁾. Die Erlaubnis haftet am Unternehmen, so daß ein Wechsel in der Person des Unternehmers ihren Bestand bis zur Änderung der Lage oder der Beschaffenheit der Anlage nicht berührt (§ 25 GewO)²⁾. Dagegen werden die persönlichen Genehmigungen nur für bestimmte Personen erteilt und tragen einen höchstpersönlichen Charakter. Die Erlaubniserteilung ist von verschiedenen, in den Gesetzen umschriebenen Voraussetzungen abhängig, wobei neben den häufig notwendigen baulichen und technischen Einrichtungen die persönliche Zuverlässigkeit oder Befähigung des Betriebsinhabers in jedem Fall erforderlich ist.

Rechtlich stellen sich die gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen nun nicht als ein Mittelding zwischen einer persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis dar, sondern sie bleiben ihrem Rechtscharakter nach persönliche Gewerbe-

1) H. J. Wolff, aaO, § 135 III 6 b 1; Landmann-Rohmer, aaO, V b, § 16 Nr. 1.

2) Welche Anlagen von §§ 16 und 25 GewO erfaßt werden, ergibt sich aus der Verordnung zu § 16 GewO vom 4.8.1960, z.B. Feuerungsanlagen, Müllverwertungs- und Verbrennungsanlagen, Anlagen zur Herstellung von Dampfkesseln, Gießereien.

genehmigungen, deren besonderes Merkmal es ist, daß sie gewisse dingliche Momente aufweisen, nämlich eine räumliche Verbundenheit mit dem Grund und Boden, wenn nicht sogar mit einem bestimmten Grundstück. Dabei ist die räumliche Beziehung bei den einzelnen gemischt persönlichen und dinglichen Genehmigungen durchaus verschieden stark ausgebildet und ausgeprägt.

Während einige Gewerbe genehmigungen so stark dinglichen Charakter tragen, daß sie nur für ein bestimmtes Grundstück meist mit bestimmter Einrichtung erteilt werden, besteht die räumliche Verbindung bei anderen lediglich darin, daß das Gewerbe nur an einem bestimmten Orte und in einem bestimmten räumlich näher bezeichneten Bezirk ausgeübt werden darf.

So wird beispielsweise die Schankerlaubnis nach dem Gaststätten-gesetz (§ 2 I 3 GastG) und die Erlaubnis zum Betriebe einer Apotheke nach dem Gesetz über das Apothekenwesen (§§ 1, 2 ApothG)¹⁾ lediglich für bestimmte, dafür geeignete Räume erteilt, deren Zahl und Lage aus der Erlaubnisurkunde hervorgehen. Die Bezeichnung des Gebäudes, in der das Gewerbe ausgeübt werden soll, genügt nicht.

Anders und auch schon schwächer ist beispielsweise die räumliche Bindung einer Genehmigung zum Linienverkehr mit Omnibussen oder gar die Genehmigung zum Gelegenheitsverkehr oder Güternahverkehr, obgleich hier darüberhinaus die Dinglichkeit auch

- - - - -
1) Trotz der Ausnahme der Apotheken vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung durch § 6 (Keine Anwendung des Gesetzes auf die Errichtung und Verlegung von Apotheken) besteht Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung darüber, daß es sich bei dem Betriebe einer Apotheke um ein Gewerbe handelt (Landmann-Rohmer) aaO, § 6 Nr. 9; (Fuhr, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 6 Nr. 4). Die Gewerbeordnung nimmt die Errichtung und Verlegung von Apotheken, wie in BVerfGE 7, 377/389, ausgeführt wird, von ihrem Geltungsbereich nicht deshalb aus, "weil der Apothekenbetrieb kein Gewerbe sei, sondern weil das Apothekenrecht einer spezial-gesetzlichen Regelung bedürfe". (Vgl. dazu auch BVerfGE 5, 25/30; BVerwGE 4, 167/169. Daran hat auch das Gesetz über das Apothekenwesen vom 20.8.1960 nichts geändert (BVerfGE 17, 232/239). Die Apotheke

aus der Bindung an Fahrzeuge von bestimmter Art und Qualität hervorgeht. Beim Linienverkehr ist die Genehmigung an eine

- - - - -

gleichet in Struktur und Funktion anderen gewerblichen Unternehmen. Der Apotheker tätigt Geschäfte des (Handels) Gewerbes (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB). Der gewerbliche Charakter der Apotheke wird noch dadurch hervorgehoben, daß die Reichs-apothesordnung in Abweichung von der Reichsärzteordnung und der Reichstierärzteordnung sowie dem Gesetz zur Ausübung der Zahnheilkunde auf die Feststellung verzichtet, daß der Apotheker kein Gewerbe ausübt. (Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, Kommentar, 1961, zu § 1 Anm. 10a) § 1 Abs. 2 Satz 2, Halbs. 1 des dem Apothekengesetz zugrundeliegenden Entwurfs (Deutscher Bundestag - 3. Wahlperiode - Drs. 570) enthielt die Feststellung, daß die Leitung einer Apotheke kein Gewerbe sei. Diese Feststellung hat jedoch im Gesetz keinen Eingang gefunden. Das muß als Bestätigung für den gewerblichen Gesamtcharakter der Apotheke zu werten sein. Schließlich gestattet das Apothekengesetz den Betrieb einer Apotheke in Form einer OHG (§ 8 ApothG), deren Zweck immer auf den Betrieb eines Gewerbes gerichtet sein muß (§ 105 Abs. 1 HGB) - vgl. Hoffmann, aaO, Anm. 10a -.

Die Arzneimittelversorgung stellt sich nach § 1 Abs. 1 ApothG als eine öffentliche Aufgabe. Die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung liegt im öffentlichen Interesse, insbesondere die Kontrolle über den Verkauf von rezeptpflichtigen Mitteln und Giften. Die Arzneimittelversorgung wird dem Apotheker als öffentliche Aufgabe übertragen. Damit wird die Apotheke aber nicht zum Staatsbetrieb. Der Staat haftet beispielsweise nicht für Schäden, die der Apotheker in Erfüllung der öffentlichen Aufgaben verursacht. Der gewerbliche Charakter der Apotheke bleibt unangetastet (Hoffmann, aaO, zu § 1 Anm. 82a). Wohl aber tritt die Apotheke dem Staat gegenüber in ein besonderes Verhältnis. Sie wird staatsgebunden (Hoffmann, aaO, zu § 1 Anm. 82a); d. h. der Apotheker übt einen staatlich gebundenen Beruf aus. Das sind solche Berufe, die Fähigkeiten zum Gegenstande haben, die nach heutigen Vorstellungen in erster Linie dem Staat vorbehalten sind. Der private Charakter bleibt für den Beruf bestimmend. Die Träger dieser Berufe haben für ihre wirtschaftliche Existenz selbst zu sorgen und erhalten keine staatlichen Zuwendungen. Sie sind andererseits an staatliche Weisungen nicht gebunden, wohl aber in besonderem Maße dem Staat gegenüber verantwortlich (Hamann, NJW 1958, 1802; Hoffmann, aaO, Anm. 82b).

bestimmte Wegstrecke gebunden oder besser: "Die planmäßig dem öffentlichen Verkehr dienenden Fahrten müssen zwischen bestimmten Punkten ausgeführt werden"¹⁾, an die die Genehmigung gebunden ist".

Noch schwächer ist die dingliche Bindung beim Gelegenheitsverkehr in der Form des Ausflugswagenverkehrs. Er wird für ein größeres Gebiet oder sogar für das ganze Bundesgebiet genehmigt.

Beim Güternahverkehr besteht die dingliche Bindung lediglich darin, daß er nur in einer Zone im Umkreis von 50 km ausgeübt werden kann.

Wenngleich sich hier ein Unterschied zu den Konzessionen ergibt, die auf ein bestimmtes Grundstück beschränkt sind, so handelt es sich doch allgemein um gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen. Denn es genügt, daß gewisse dingliche Elemente vorhanden sind. Für diesen Begriff reicht jede - allerdings notwendige - räumliche Bindung zwischen dem genehmigten Unternehmen und den benutzten Grundstücken, Wegen und Straßen. Das gilt auch über den Rahmen der Verkehrsbetriebserlaubnis hinaus für alle Gewerbe genehmigungen, die nur in einem bestimmten Bezirk ausgeübt werden dürfen.

II. Beispiele für gemischt persönliche und dingliche Gewerbe genehmigungen

Als Beispiele für die gemischt persönliche und dingliche Gewerbe erlaubnis lassen sich folgende Berechtigungen anführen: Die Apothekenbetriebserlaubnis, die Gestattung der Ausübung der Hebammentätigkeit sowie die Verleihung eines Kehrbezirkes an einen Bezirksschornsteinfegermeister, die Ausübung der Fleischbeschautätigkeit, das Versteigerergewerbe, der Handel mit Milcherzeugnissen und der Kleinhandel mit unedlen Metallen, die

- - - - -
1) Urteil des OVG Münster v. 19. 4. 1950, Amtl. Sammlung, Nr. 40, S. 95 ff.

Gaststättenerlaubnis, die Erlaubnis zur Aufstellung von mechanisch betriebenen Spielgeräten nach § 33 d GewO in Verbindung mit der Verordnung vom 22. 5. 1935 sowie alle Verkehrsbetriebserlaubnisse nach dem Personenbeförderungsgesetz vom 21. 3. 1961 und dem Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952. Dazu gehören auch Genehmigungen nach § 16 GewO, sofern für den Inhaber eines Gewerbebetriebes, in dem eine erlaubnispflichtige Anlage Verwendung finden soll, eine persönliche Gewerbeerlaubnis erforderlich ist.

III. Ergebnis: Eigentumsschutz der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis

Diese Berechtigungen des öffentlichen Rechts müssen grundsätzlich die gleichen Folgen bezüglich ihrer Enteignungsfähigkeit auslösen wie jede andere Gewerbeerlaubnis, die das dingliche Moment nicht besitzt. Das gilt nicht für die Verkehrsbetriebserlaubnis nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz; denn diese erfährt - worauf die Themenstellung bereits abgestellt ist - eine Sonderuntersuchung.

Für den Eigentumsschutz dieser gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeberechtigungen käme es mithin darauf an, ob sie den aufgestellten Erfordernissen entsprechen.

Wie bereits ausgeführt worden ist¹⁾, scheidet die Tätigkeit des Fleischbeschauers und des Versteigerers aus, weil zur Ausübung ihres Gewerbes kein nennenswerter Einsatz von Kapital erforderlich ist und diese Gewerbe meistens nur nebenberuflich ausgeübt werden. Wie weit das bei den anderen Gewerbearten der Fall sein kann, muß eine Untersuchung im Einzelfall ergeben. Die Apothekenbetriebserlaubnis und die Gaststättenerlaubnis als typische gemischt persönliche und dingliche Genehmigungen erscheinen mir nach Einrichtung und begonnener Ausübung in besonderem Maße als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG; denn mit Ihnen verbindet sich in jedem Fall ein großer Einsatz von Kapital

- - - - -
1) Vgl. S. 103.

und Arbeit, der allein durch die räumliche Beziehung zu Grund und Boden zum Ausdruck kommt. Denn bei ihnen wird die Genehmigung abhängig gemacht von Räumlichkeiten, über die der Inhaber verfügen muß, wobei gerade die Räumlichkeiten in besonderem Maße den gesetzlichen Anforderungen gerecht werden müssen. Sie sind deshalb besonders schutzwürdig, da die Genehmigung zwar rein rechtlich vor die Ausübung gesetzt wird, im Tatsächlichen ist es jedoch vielfach so, daß die endgültige Genehmigung davon abhängig gemacht wird, ob das Gewerbe in Räumlichkeiten durchgeführt wird, die dazu geeignet sind.

Die gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen erfahren somit gegenüber der gewöhnlichen Gewerbeerlaubnis keine Sonderbehandlung. Sie werden im gleichen Maße vom Eigentumsschutz erfaßt; denn sie begründen letztlich auch aus ihrem dinglichen Charakter heraus keine besondere Schutzwürdigkeit.

Die bisherigen Ausführungen könnten im besonderen Maße für die Verkehrsbetriebserlaubnis gelten, sofern sich nicht überhaupt für sie aus ihrem Rechtscharakter eine andere Beurteilung ergibt.

Teil D: Eigentumsschutz für Verkehrsbetriebsgenehmigungen

Die zweite und im Vordergrund stehende Aufgabe dieser Untersuchung besteht darin, festzustellen, ob die Verkehrsbetriebserlaubnis im besonderen, als Gewerbeerlaubnis mit persönlichem und dinglichem Charakter, Eigentum im Sinne des Art. 14 GG darstellen und somit als enteignungsfähig gelten kann. Ein Blick auf die augenscheinliche gesetzliche Regelung ist vorab notwendig und führt zu einer Klärung der Begriffe.

I. Umfang der Genehmigungspflichtigkeit im Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsrecht und Gesetzesüberblick dazu

Vor Inkrafttreten der reichsgesetzlichen Regelung der gewerblichen Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen (also im Linien-

verkehr vor 1919 und im Gelegenheitsverkehr vor 1934) waren für die Ausübung eines Kraftfahrzeugverkehrs die §§ 37 und 76 der Reichsgewerbeordnung maßgebend.

Danach bedurfte der Unternehmer zur Ausübung eines solchen Verkehrs lediglich einer polizeilichen Erlaubnis, einer Erlaubnis des Verwaltungsrechts, die von einem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt befreite. Es war dabei ganz dem Ermessen der Ortspolizeibehörde überlassen, ob sie die Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs regeln und für diesen Verkehr Preise festsetzen wollte.

Im Güterkraftverkehr hatte eine gesetzliche Regelung nicht vorgelegen.

Die Beförderung von Personen wurde neu geregelt durch das Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4.12.1934, zuletzt gültig in der Fassung vom 6.12.1937 und 16.1.1952. Dieses Gesetz wurde außer Kraft gesetzt durch das Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961.

Der Güterkraftverkehr erfuhr eine gänzliche Neuregelung durch das Güterkraftverkehrsgesetz vom 17.10.1952 und setzte die bis dahin geltenden Bestimmungen (insbesondere das Gesetz über den Güterfernverkehr vom 26.6.1935) außer Kraft.

Danach ist
im Bereich der Personenbeförderung
eine Genehmigung erforderlich (§ 9 Abs. 1 Ziff. 1 - 4)

- 1) bei einem Verkehr mit Straßenbahnen für den Bau, den Betrieb und die Linienführung,
- 2) bei einem Verkehr mit Obussen für den Bau, den Betrieb und die Linienführung,
- 3) bei einem Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen für die Einrichtung und den Betrieb der Linie sowie für die Zahl, die Art und das Fassungsvermögen (Sitz- und Stehplätze) der

auf ihr einzusetzenden Kraftfahrzeuge und Anhänger,

- 4) bei einem Gelegenheitsverkehr mit Kraftfahrzeugen für die Ausübung und die Form des Gelegenheitsverkehrs sowie für die Art und das Fassungsvermögen (Sitzplätze) der einzelnen Kraftfahrzeuge unter Angabe ihrer amtlichen Kennzeichen.

Auf dem Gebiete des Güterkraftverkehrs

ist genehmigungspflichtig

- 1) der Güterfernverkehr, der dem Unternehmer für bestimmte Fahrzeuge erteilt wird, und der auf einen Umkreis von höchstens 150 km, gerechnet vom Standort des Kraftfahrzeugs, beschränkt werden kann (§§ 3, 8, 11, 13 Abs. 2 GüKG).

Einer Erlaubnis¹⁾ bedarf

- 2) der allgemeine Güternahverkehr mit Lastkraftwagen mit einer Nutzlast von mehr als 750 kg oder mit Zugmaschinen, die dem Unternehmer für seine Person zeitlich unbeschränkt erteilt wird (§ 80 GüKG).

Außer der Erlaubnis¹⁾ bedarf der Genehmigung:

- 3) der Güterliniennahverkehr zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten, der linien- oder regelmäßig betrieben wird. Die Genehmigung wird dem Unternehmer auf Zeit und für seine Person, für die Einrichtung und den Betrieb der Linie, die Streckenführung, für die Zahl, Art und das Fassungsvermögen der Kraftfahrzeuge sowie für den Tarif erteilt (§ 90 GüKG).

Verkehrsbetriebsberechtigungen im Sinne der Themastellung dieser Arbeit sind somit die Genehmigungen für den Personenverkehr mit Straßenbahnen und Omnibuslinien sowie im Gelegenheitsverkehr und für den Güterkraftverkehr im Güterfernverkehr, Nahverkehr und Güterliniennahverkehr.

- - - -

- 1) Die Erlaubnis z. Güternahverkehr ist im Gegensatz zur Genehmigung für den Güterfernverkehr u. Güterliniennahverkehr u. den Genehmigungen zur Personenbeförderung keine Konzession im Sinne einer Rechtsverleihung. Ihre Erteilung wird lediglich von den persönlichen Voraussetzungen der Sachkunde und Zuverlässigkeit abhängig gemacht (§ 81 Abs. 1 u. 2 GüKG). Sie ist eine normale Erlaubnis im Sinne einer Befreiung von einem bestehenden Betätigungsverbot.

II. Unterschiedlicher dinglicher Charakter der Verkehrsbetriebsgenehmigungen

Da die Enteignungsfähigkeit der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis allgemein festgestellt worden ist, erstreckt sich der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG auch auf diese sechs Verkehrsbetriebsgenehmigungen. Die hier vertretene Auffassung deckt sich allerdings nicht mit der in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht, was im einzelnen schon dargelegt ist. Es fragt sich jedoch, ob sich die Verkehrsbetriebserlaubnis überhaupt mit den gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen gleichsetzen läßt, ob sich aus ihrem Rechtscharakter heraus nicht eine andere Beurteilung ergibt, durch die eine Angleichung an die bisherige Rechtsprechung ermöglicht wird.

Es ist deshalb zunächst einmal festzustellen, ob und inwieweit sich die Verkehrsbetriebserlaubnis von den sonstigen gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen, also den gewöhnlichen Gewerbeberechtigungen unterscheidet.

Vorab sei jedoch darauf hingewiesen, daß sich selbst die Verkehrsbetriebsgenehmigungen noch wieder in sich in ihrem dinglichen Charakter unterscheiden.

Während die Straßenbahnbetriebserlaubnis, die Genehmigungen zum Linienverkehr mit Omnibussen und zum Güterliniennahverkehr an bestimmte Strecken gebunden sind, die in der Genehmigungsurkunde vorgeschrieben werden, und deshalb ungleich stärker in räumlicher Beziehung zur Wegstrecke stehen, ist der Gelegenheitsverkehr, der Güterfernverkehr und der Güternahverkehr nur dadurch dinglich gebunden, daß er nur innerhalb eines bestimmten Bereichs ausgeübt werden darf.

Es bleibt auch hier die Frage, ob sich aus dieser ungleichen dinglichen Bindung eine unterschiedliche Beurteilung ergibt, insbesondere hinsichtlich des rechtlichen Charakters dieser Genehmigungen; denn gerade die Rechtsprechung - wie hervorgehoben worden ist - stellt nach wie vor auf eine Rechtsposition ab, die ein subjektives öffentliches Recht beinhaltet.

Welchen Rechtscharakter besitzen nun die Verkehrsbetriebegenehmigungen? Sind es gewöhnliche Gewerbeegenehmigungen, die nur eine konkrete Befreiung von einem allgemeinen Verbot darstellen, durch einen lediglich diesen Tatbestand feststellenden Verwaltungsakt erteilt werden und keine besondere Rechtsmacht verleihen; oder ist ihre Erteilung ein rechtsverleihender oder rechtsgestaltender Akt, durch den der Staat dem Inhaber einen Anspruch auf ein bestimmtes Tun im Sinne einer echten Konzession gewährt, der sich als subjektives öffentliches Recht qualifiziert? Im letzteren Falle ist dann noch darauf einzugehen, ob alle Verkehrsbetriebegenehmigungen dieses subjektive öffentliche Recht vermitteln.

III. Der Rechtscharakter der Verkehrsbetriebsegenehmigungen und die Rechtsstellung des Genehmigungsinhabers

Das Personenbeförderungsrecht und das Güterkraftverkehrsrecht gehen grundsätzlich davon aus, daß die gewerbsmäßige Personenbeförderung und Güterkraftverkehrsbeförderung zu Lande nicht ohne weiteres von jedermann betrieben werden kann, sondern daß hierzu eine obrigkeitliche Genehmigung notwendig ist. Bei oberflächlicher Betrachtung scheint es, wenn beispielsweise das Personenbeförderungsgesetz den Betrieb eines Omnibuslinienverkehrs ohne Genehmigung unter Strafandrohung verbietet und nur mit Genehmigung unter den gesetzlichen Voraussetzungen zuläßt, als ob es sich auch in diesen Fällen nur um eine Erlaubnis des Verwaltungsrechts handelt, die von einem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt befreit.

Die Erteilung einer Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz beinhaltet - im Gegensatz zur Gewerbeordnung - jedoch die staatliche Verleihung eines Rechts. Die Genehmigungserteilung im Sinne einer eigentlichen Konzessionserteilung ist ein rechtsbegünstigender Verwaltungsakt, der dem Belieben Rechte verleiht, die dem Staatsbürger schlechthin nicht zustehen. Durch die Genehmigung erhält der Unternehmer nicht lediglich eine polizeiliche Erlaubnis, also eine Befreiung von einem

sonst bestehenden Verbot, für die allein polizeiliche Gesichtspunkte in Betracht kommen. Die Genehmigung ist vielmehr die behördliche Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechtes an einen privaten Unternehmer, das er vorher nicht hatte, und das die Einrichtung und den Betrieb eines Personen- oder Güterverkehrs, also eines Beförderungsunternehmens, zum Gegenstand hat.

Personenbeförderung und Güterkraftverkehr sind Vorgänge der Befriedigung einer Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge, in deren Verantwortung die öffentliche Verwaltung Leistungen für alle erbringt, ermöglicht oder sichert. Wenn der Staat sich hierzu nicht seiner eigenen sachlichen Verwaltungsmittel und seines Personals oder der ihm verwaltungsmäßig zugeordneten Bundesbahn oder -post bedient, wirkt er hoheitlich-verwaltend. Ähnlich könnte man es beurteilen, wenn er in Erfüllung derselben Aufgaben auch durch Indienstellung verwaltungsfremder Mittel, nämlich privater Unternehmen, die er durch Festsetzung von Leistungspflichten und Aufbürdung bestimmter öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeiten bindet.

Die Gesetze stellen auch selbst Vorbehalte auf, die über polizeiliche Gefahrenabwehrgesichtspunkte hinausgehen und die allgemeine Handlungsfreiheit einschränken. Danach ist beim Straßenbahn-, Obus- und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen die Genehmigung zu versagen, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen einschließlich des Verkehrsbedürfnisses und der Schutz vorhandener Unternehmer mit dem Vorrang der Schienenunternehmer beim Schienenparallelverkehr es erfordern.

Diese objektiven Genehmigungsvoraussetzungen haben mit der persönlichen Qualifikation des Bewerbers nichts zu tun. Auf sie kann er auch keinen Einfluß nehmen. Sie sind aber für die Zulassung von Bedeutung und ihre Prüfung ist zwingend geboten¹⁾.

Es sind somit nicht ausschließlich polizeiliche Gefahrenabwehr-

- - - - -
1) Entscheidung des BVerfG vom 8.6.1960,
BVerfGE 11, 168 (183) (190).

gesichtspunkte, die bei der Erteilung einer Betriebserlaubnis in Betracht kommen, sondern Gesichtspunkte der wirtschafts- und verkehrspolitischen Planung und Gestaltung stehen im Vordergrund, aus denen sich zwangsläufig die Notwendigkeit einer Rechtsverleihung zum Betriebe eines Beförderungsunternehmens ergeben muß.

An dieser Feststellung ändert auch nichts, daß der Linienverkehr mit Omnibussen und der sonstige Personen- und Güterkraftverkehr (mit Ausnahme der Straßenbahnen und der Obusse (mit Oberleitung) Ausfluß des Gemeingebrauchs an Straßen sein können. Bei der Straßenbahn und den Obussen ist über die Betriebserlaubnis hinaus für den Einbau der Schienen und Masten einschließlich der Drähte ein Sondernutzungsrecht erforderlich, das seinen Ursprung im Wegerecht und nicht im Gewerberecht hat.

Im Personenbeförderungsgesetz und im Güterkraftverkehrsgesetz hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen normiert, unter denen eine derartige Genehmigung erteilt werden kann, und welche Verfahrensvorschriften dabei zu beachten sind. Es kann im Rahmen dieser Untersuchung die Streitfrage unerörtert bleiben, ob der Gesetzgeber dem um die Genehmigung nachsuchenden Staatsbürger einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Genehmigung zur gewerblichen Personenbeförderung geben wollte. Diese Frage ist für die Beurteilung des Rechtscharakters der erteilten Genehmigung ohne Belang. Jedenfalls wird die Untersuchung nach der rechtlichen Qualifikation der Verkehrsbetriebserlaubnis nicht dadurch berührt oder beeinflußt, wenn ein Rechtsanspruch auf Erteilung bestehen sollte; denn unabhängig hiervon bliebe die Erteilung der Genehmigung eine Rechtsverleihung im eigentlichen Sinne. Allerdings stellt die gesetzliche und abschließende Aufzählung der lediglich persönlichen Rücknahmegründe (§ 25 PBefG, § 78 GüKG) für jeden Genehmigungsinhaber, der den gesetzlichen Tatbestand für seine Person oder seinen Verantwortungsbereich nicht erfüllt, eine mittelbare gesetzliche Gewährleistung für den ungeschmälernten Fortbestand der Genehmigung in seiner Person dar, womit der Rechtscharakter der Betriebserlaubnis zusätzlich vom Gesetz selbst unterstrichen wird.

1. Der rechtliche Gehalt der Verkehrsbetriebsgenehmigungen in der Rechtsprechung

Daß über die rechtliche Qualifikation der gewerblichen Berechtigungen der verschiedenen Arten und Abstufungen keine Klarheit herrscht, ist nicht erstaunlich. Denn bis zum Inkrafttreten der Militärregierungsverordnung Nr. 165 hatten die Verwaltungsgerichte im Rahmen des bis dahin die Klagemöglichkeiten einschränkenden Enumerationsprinzips wenig Gelegenheit, zu diesen Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

Der gewerberechtliche Rekurs ist für die wichtigsten gewerberechtlichen Streitigkeiten in den §§ 20, 21 GewO geregelt, und zwar derart, daß es bei seiner Einlegung nicht darauf ankommt, den Nachweis einer Rechtsverletzung zu erbringen. Dadurch hatten die Verwaltungsgerichte bei gewerberechtlichen Streitigkeiten nur selten zu untersuchen, ob ein subjektives öffentliches Recht vorlag.

Daran änderte sich auch unter der Geltung der Verordnung Nr. 165 und der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 nicht viel; denn der Rechtsschutz ist nunmehr so umfassend, daß der Kläger nur noch vorzutragen braucht, er sei in seiner Rechtsstellung, mindestens in einer subjektiven Berechtigung durch den angefochtenen Verwaltungsakt beeinträchtigt worden. Die Geltendmachung der Beeinträchtigung eines vollen subjektiven Rechts ist nicht erforderlich.

So sind in der Rechtsprechung denn auch keine Entscheidungen darüber vorhanden, in denen der Rechtscharakter der Genehmigungen im Kraftverkehr festgelegt worden ist. Nur in den Begründungen der Entscheidungen klingt hin und wieder an, in welche Kategorie der entscheidende Senat die Berechtigung einreihen will, ohne sich jedoch festlegen zu wollen. In einem Urteil des Württ. Bad. Verwaltungsgerichtshofes vom 31.8.1950 -II 293/49-¹⁾ über die Frage eines Verstoßes des § 12 DV PBefG gegen Art. 12 GG bringt der entscheidende Senat zum Ausdruck, daß sich für ihn (im Hinblick auf Art. 12 GG) "eine andere Beurteilung

- - - - -

freilich dann ergeben würde, wenn die nach dem PBefG zu erteilende Genehmigung keine bloße gewerberechtliche Erlaubnis, sondern die Verleihung einer Sondernutzung bedeuten würde". Nach Auffassung des Senats kann in Anbetracht der heutigen Verkehrsentwicklung das Befahren von Straßen mit Omnibussen im Linienverkehr nicht mehr als Sondernutzung angesehen werden, sondern der Linienverkehr fällt in den Rahmen des Gemeingebrauchs.

Dem kann man sich nicht anschließen. Wenn der Senat überhaupt auf den Rechtscharakter der Genehmigung zum Linienverkehr eingehen wollte, so konnte er das nicht - oder zumindest nicht allein - aus der Sicht der Stärke der Nutzung der zu befahrenden Straßen und Wege tun. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, daß sich das Befahren der Straßen durch die Linienomnibusse im Rahmen des Gemeingebrauchs hält, kann die erteilte Genehmigung ein verliehenes subjektives öffentliches Recht sein. Zwar ist im Einzelfall bei intensivem Eingriff in die Straßenfläche die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechtes in der Form der Sondernutzung notwendig (z.B. Einbau von Straßenbahnschienen). Das subjektive öffentliche Recht bezieht sich dann jedoch auf die Berechtigung, die Straßenbahnschienen in den Straßenkörper zu verlegen. Unabhängig hiervon - und nicht identisch mit ihr - wird die Genehmigung zum Betriebe einer Straßenbahn nach § 9 Ziff. 1 des PBefG erteilt. Die Genehmigung zum Einbau der Schienen kann nur ein Teil der umfassenden Genehmigung zum Betriebe einer Straßenbahn sein und prägt diese nicht allein.

Der Linienverkehr mit Omnibussen und damit erst recht der Betrieb der anderen Beförderungsarten nach dem Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsgesetz halten sich im Rahmen des Gemeingebrauchs¹⁾. Von besonderer Bedeutung für den Rechtscharakter der Linienverkehrskonzession ist jedoch die Tatsache,

- - - - -
1) Greif, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, München, 1961, Vorbem. zu § 1, Anm. 9 und 10; Müller, aaO, zu § 13.

daß die im Linienbetrieb eingesetzten Kraftfahrzeuge durch ihre Größe, das Gewicht, durch ihre Abmessungen und nicht zuletzt einer daraus folgenden gewissen Unbeweglichkeit und geringere Manövrierfähigkeit gegenüber anderen Kraftfahrzeugen in besonderer Weise am Straßenverkehr teilnehmen. Die Teilnahme dieser Linienfahrzeuge am Verkehr bedeutet für den Straßeneigentümer und Straßenbaulastträger ein größerer Verschleiß und eine verstärkte Abnutzung der Straßen. Der Linienverkehr, insbesondere im dichten städtischen Verkehr, führt zu einer starken Belastung des Straßennetzes und bewirkt Verkehrsbehinderungen infolge der Abmessungen der Omnibusse in Bezug auf die Höhe und Länge, die vor Erteilung der Genehmigung zu prüfen sind. Dabei sei noch auf die besondere Situation hingewiesen, die sich beim Betriebe einer Linie mit Kraftfahrzeugen mit Hängern, Gelenkbussen und doppelstöckigen Bussen ergibt.

Auch hieraus ergibt sich, daß die Genehmigung zum Betriebe eines Linienverkehrs eine Rechtsposition verleiht, die über eine normale Gewerbeerlaubnis hinausgeht und eher als subjektiv öffentliches Recht zu bewerten ist.

Wenngleich das Oberverwaltungsgericht in Münster¹⁾ auch nicht expressis verbis darlegt, daß die Genehmigung zum Personenverkehr mit Linienbussen ein subjektives öffentliches Recht schafft, so bringt es doch zum Ausdruck, daß "das Recht zum Gelegenheitsverkehr dem Recht zum Linienverkehr begrifflich" gleichsteht, und daß "die dem Unternehmen nach dem PBefG erteilte Verkehrsgenehmigung dem Inhaber das Recht verleiht, in bestimmter Art die Beförderung von Personen mit Landfahrzeugen auszuführen".

- - - - -

1) Urt. d. OVG Münster v. 19. 4. 1950 - III A 320/49 -
in A. S. 2, Nr. 40, S. 95 ff (99).

Das Oberverwaltungsgericht für Rheinland-Pfalz deutet in seinem Urteil vom 11.12.1951¹⁾ ebenfalls an, daß die nach dem PBefG erteilte Genehmigung als verliehenes subjektives Recht angesehen werden kann.

2. Der Rechtscharakter der Verkehrsbetriebsgenehmigungen nach den im Schrifttum vertretenen Auffassungen

Im Schrifttum wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß dem Unternehmer durch die ihm erteilte Genehmigung nach dem PBefG und dem Güterkraftverkehrsgesetz nicht lediglich eine polizeiliche Erlaubnis zuteil geworden ist, sondern mit der Betriebserlaubnis subjektive öffentliche Rechte verliehen worden sind. Dafür, daß die Genehmigungen im Bereich des Personenbeförderungsrechts die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts bedeuten, sprechen sich Dietrich²⁾, Held³⁾, Jellinek⁴⁾, Müller⁵⁾, Oppelt⁶⁾, Peters⁷⁾, Schmidt-Tophoff⁸⁾ und Schütz⁹⁾ aus.

- - - - -
1) OVG Rhld.-Pfalz in A.S.Bd.2, S. 106 ff (108).

2) Dietrich, Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, Der Personenverkehr, 1956, S. 84 ff.

3) Held, Die Rechtslage des Privatunternehmers im Omnibusverkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Rechtsgutachten, Herausgeber: Fachvereinigung Personenverkehr Land Schleswig-Holstein, Kiel, 1954, S.20 u. 21.

4) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 257.

5) Müller, Straßenverkehrsrecht, 1957, § 2 Anm. 8, S.1007.

6) Oppelt, Das Personenbeförderungsgesetz, Erläuterungen, 1954, zu § 2 Erl.1, S. 36.

7) Peters, Rechtsfragen zum Entwurf des Personenbeförderungsgesetzes, Gutachten v.12.10.1954, S. 4.

8) Schmidt-Tophoff, Einstweilige Erlaubnisse im Personenbeförderungsrecht, Der Personenverkehr, 1957, S. 61.

9) Schütz, Bedeutung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels gegen eine Auflage in einer Linienverkehrsgenehmigung, Der Personenverkehr, 1952, S. 46.

Für die Genehmigungen im Güterkraftverkehr gilt das gleiche. Auch sie verschaffen nach einhelliger Meinung dem Genehmigungsinhaber ein subjektives öffentliches Recht, einen Anspruch auf Einrichtung und Betrieb eines Güterkraftverkehrsunternehmens. Diese Auffassung wird vertreten von Hein-Eichhoff-Pukall-Krien¹⁾, Ipsen²⁾, Peters³⁾, Ruwe⁴⁾, Scheuner⁵⁾, Schmidt-Tophoff⁶⁾ und Weber-Haueisen⁷⁾.

Bei der hiermit vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung alles entscheidende Frage sei noch einmal die im Verwaltungsrecht herrschende Auffassung über die zwei grundlegenden verschiedenen rechtlichen Institutionen verdeutlicht, für die häufig die gleiche Bezeichnung "Genehmigung" verwandt wird.

Darunter ist einmal mit dem natürlichen Sprachgebrauch die gesetzlich geforderte Zustimmung zur Ausübung eines Gewerbes zu verstehen. Die Ausübung des Gewerbes hängt davon ab, daß eine Behörde sie durch

- - - - -

- 1) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Güterkraftverkehrsgesetz, Kommentar, 1. und 2. Auflage, Erläuterungen zu § 8 Anm. 1 und zu § 90 Anm. 4 und zu § 2 Anm. 4.
- 2) Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, 1954, S. 13 und 14.
- 3) Peters, Die Verfassungsmäßigkeit d. Verbots d. Beförderung von Massengütern im Fernverkehr auf der Straße, Gutachten, 1954, S. 41, für die Genehmigungen im Personenverkehr vgl. noch einmal S. 121 zu Anm. 5.
- 4) Ruwe, Güterkraftverkehrsgesetz, Anm. I zu § 2.
- 5) Scheuner, Die Abmessungen der Lastkraftfahrzeuge und die Verkehrspolitik, Rechtsgutachten, Der Güterverkehr, 1956, S. 212 ff (213).
- 6) Schmidt-Tophoff, Die Konzessionierung des gewerblichen Güterfernverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland, Rechtsgutachten zu §§ 8, 9 und 10 des Güterkraftverkehrsgesetzes, 1956, S. 21 ff.
- 7) Weber-Haueisen, Rechtsgrundlagen des Deutschen und des zwischenstaatlichen Verkehrs, Die Bundesbahn, 1956, S. 16/17.

einen begünstigenden Verwaltungsakt freigibt, durch den etwa zum Ausdruck gebracht wird, daß behördlicherseits gegen die Ausübung des betreffenden Gewerbes oder die sonstige Betätigung keine (in erster Linie polizeilichen) Bedenken und Hinderungsgründe bestehen (Gewerbeverbot mit Erlaubnisvorbehalt). Diesen rechtlichen Charakter besitzen die Genehmigungen der §§ 16, 29 ff. GewO, wie an anderer Stelle schon festgestellt worden ist¹⁾. Ein Recht wird nicht vermittelt.

Die andere rechtliche Bedeutung des Wortes "Genehmigung" liegt in der Verleihung eines Rechtes begründet. Das Recht wird durch die Verleihung in der Form eines begünstigenden Verwaltungsaktes erworben, der das Recht selbst erst zur Entstehung bringt. Diese häufiger und richtiger "Konzession" oder "Rechtsverleihung" genannte "Genehmigung" oder "Erlaubnis" wird dort verliehen, wo dem Betroffenen das Recht zum Betriebe im Rahmen der Gewerbefreiheit selbst nicht zusteht, der Erwerb eines Rechts zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit jedoch unerläßlich ist. So ist beispielsweise die Rundfunkerlaubnis nach § 2 des Fernmeldeanlagengesetzes vom 14. Januar 1928 in Wirklichkeit eine Rechtsverleihung, weil, nach § 1, das Recht, Rundfunksende- und Empfangsanlagen zu betreiben, ausschließlich dem Staate zusteht.

Bei einer vorzunehmenden rechtlichen Qualifizierung ist deshalb zu untersuchen, ob Momente, Argumente und Indizien dafür sprechen, daß die Verkehrsbetriebserlaubnis den Rechtscharakter dieser zweiten Kategorie besitzt oder ob in der Erteilung der Genehmigungen keine Rechtsverleihung steckt.

- - - - -
1) Vgl. S. 74 - 76.

Im Folgenden soll eine Begründung für eine derartige Einstufung und Kategorisierung durchgeführt werden.

3. Die Verkehrsbetriebserlaubnis als subjektiv öffentliches Recht durch die besonderen, ihr eigenen Merkmale

a) Die Berücksichtigung nicht allein polizeilicher Hinderungsgründe bei der Erteilung der Genehmigungen

Es ist schon bedeutsam, daß bei der Erteilung der Genehmigung nicht ausschließlich polizeiliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden, sondern auch andere Umstände, die über den Rahmen des rein Polizeilichen hinausgehen, eine Rolle spielen; denn bei dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (z.B. Bauerlaubnis), also bei der gewöhnlichen Erlaubnis, wird lediglich erklärt, daß polizeiliche Hinderungsgründe der beabsichtigten und beantragten Betätigung nicht entgegenstehen¹⁾. Zu den polizeilichen Hinderungsgründen kommen bei der Bauerlaubnis noch ästhetische Gesichtspunkte hinzu, wie beispielsweise die Höhe des Bauwerks im Verhältnis zur Umgebung oder Klinker- oder Verputzbauweise bei der Ausgestaltung eines Gebäudes²⁾.

§ 13 PBefG besagt, daß die Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn der Antragsteller zuverlässig ist, die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet ist und das Unternehmen die Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht beeinträchtigt und der Straßenzustand und die Verkehrssicherheit es zulassen.

Die entsprechende Bestimmung im Güterkraftverkehrsgesetz ist § 10, der noch umfassender in seinen Anforderungen an den

- - - - -

1) So auch Held, aaO, S. 20, 21 ff; a.A. Peters, Rechtsfragen zum Entwurf des PBefG, Rechtsgutachten, in Erwiderung zu Held, S. 4.

2) Scheerbarth, Das allgem. Bauordnungsrecht, 1962, S. 132 ff, (132/133, 135, 140) und 225.

Antragsteller ist als § 13 PBefG. Neben den verwandten Begriffen Zuverlässigkeit und fachliche Eignung, Leistungsfähigkeit des Betriebes und Eignung des Fahrzeuges wird ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Güterfernverkehrs verlangt, woraus ersichtlich ist, daß nicht ausschließlich polizeiliche, d.h. Gefahrenabwehrgesichtspunkte oder gegebenenfalls zusätzlich ästhetische (wie bei der Bauerlaubnis), sondern auch volks- und verkehrswirtschaftliche Momente bei der Erteilung der Genehmigung von Bedeutung sind.

b) Die Erlaubnis im Beförderungsrecht als echte Konzession

Die Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz begründet überdies eine wirkliche Konzession, d.h. einen positiven und dauerhaften öffentlich-rechtlichen Anspruch auf ein bestimmtes Tun, ein Recht auf eine bestimmt geartete gewerbliche Tätigkeit. Die Genehmigung gewährt nicht nur eine Befreiung von einem Verbot und stellt keinesfalls nur die natürliche Handlungsfreiheit des einzelnen im Bereich des Personen- und Güterkraftverkehrs wieder her. Denn die Ansicht, daß jeder beispielsweise eine Omnibuslinie oder eine Güternahverkehrslinie eröffnen und betreiben könnte, wenn das Personenbeförderungsgesetz oder das Güterkraftverkehrsgesetz die Genehmigung hierfür nicht vorgeschrieben hätte, geht doch begrifflich fehl. Eine derartige Auffassung wäre auch sinnwidrig. Es kann nicht zur natürlichen Freiheit des einzelnen und auch nicht zur Gewerbebefreiheit gehören, einen Linienverkehr zu betreiben, sondern hierfür ist eine Rechtsverleihung erforderlich¹⁾. Man kann sagen, daß im Bereich der Personenbeförderung

- - - - -

1) Vgl. S. 116 - 118.

und des Güterkraftverkehrs die natürliche Freiheit durch die strengen, nicht an die Person des Bewerbers geknüpften Gesetzesvorbehalte (z.B. § 13 PBefG - objektive Gründe zur Versagung der Genehmigung) eingeschränkt wird, zumal diese Versagungsgründe größtenteils ihren Ursprung in einem vorangegangenen Tun der Verwaltung haben, nämlich sich letztthin aus den Auswirkungen der bereits vorher erteilten gegebenenfalls konkurrierenden Genehmigungen ergeben. Die Erteilung einer Genehmigung unter Beseitigung dieser ganz besonders strengen Gesetzesvorbehalte kann mit der Wiederherstellung der natürlichen Handlungsfreiheit nichts zu tun haben.

Das Vorstehende läßt sich am besten am Beispiel der Genehmigung einer Kleinbahn nach § 2 Preuß. Kleinbahngesetzes vom 28. 7. 1892 verdeutlichen¹⁾.

Im Verkehr ist früher die Frage umstritten gewesen, ob diese Genehmigung eine durch Rechtsverleihung übertragene Konzession oder eine polizeiliche Erlaubnis darstellt. Eger²⁾ nahm eine Rechtsverleihung an, während Gleim³⁾ ihr nur den Rechtscharakter einer Erlaubnis gab. Dieser Auffassung war ursprünglich auch das Preuß. OVG⁴⁾.

Heute herrscht im Schrifttum die Meinung vor, der beizutreten ist, daß es sich bei der Kleinbahngenehmigung um eine echte Konzession handelt. Es kann der Lage der Dinge nach und gemäß dem öffentlichen Interesse gar nicht anders sein, daß nur ein oder allenfalls zwei Unternehmer auf der gleichen Strecke eine Straßenbahn betreiben können. Daraus folgt zwingend, daß nicht jedermann eine Kleinbahn betreiben kann.

- - - - -

1) Vgl. Peters, aaQ, S. 3.

2) Eger, Das Gesetz über Kleinbahnen vom 28. 7. 1892, 1913, S. 37 ff.

3) Gleim, Das Gesetz über Kleinbahnen vom 28. 7. 1892, 1907, S. 58 ff.

4) Preuß. OVG Bd. 29, S. 401 ff.

Das Recht, eine Kleinbahn zu betreiben, kann demnach sinnvollerweise nicht Ausfluß der allgemeinen menschlichen Freiheit sein¹⁾, sondern aus dem Gehalt und der Zielsetzung des Kleinbahngesetzes ergibt sich - wenn auch nicht ausdrücklich - indirekt ein grundsätzliches Verbot zum Betrieb einer Kleinbahn.

Die gleichen Voraussetzungen wie bei den Klein- und Straßenbahnen sind hinsichtlich der Existenz eines subjektiven Rechtes beim Linienverkehr mit Omnibussen und im Güterliniennahverkehr gegeben. Wenn auf Grund des Gemeingebrauchs zwar jedermann ungehindert mit seinen Fahrzeugen die öffentlichen Straßen benutzen darf, so wird man aber doch feststellen müssen, daß der Linienverkehr mit Omnibussen und der Güterliniennahverkehr auf der gleichen Strecke jeweils nur von einem Unternehmer, allenfalls nur von einigen wenigen Unternehmern, sinnvoll durchgeführt werden kann. Der Betrieb eines Linienverkehrs ist nicht etwa Bestandteil der allgemeinen menschlichen Freiheit, deren Ausübung nur an ein allgemeines Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geknüpft ist.

Der Einwand, auf den schon an anderer Stelle eingegangen ist²⁾, daß die Straßenbahn die öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus benutze (Einbau von Schienen, Spannen von Drähten, Aufstellen von Masten), der Linienverkehr mit Omnibussen sich dagegen im Rahmen des Gemeingebrauchs halte, ist nicht dazu angetan, eine unterschiedliche Betrachtungsweise zu rechtfertigen. Der Einbau von Schienen und das Spannen der Drähte erfordert unabhängig von der Betriebserlaubnis der Straßenbahnen für diese noch zusätzlich die Verleihung des Wegenutzungsrechtes durch eine andere Behörde. Die Gegenmeinung bedient sich also keines gewerberechtlichen, sondern eines wegerechtlichen Arguments.

- - - - -

1) Vgl. Peters, aaO, S. 3 und Held, aaO, S. 21, 22.

2) Vgl. S. 117 u. 118.

Was aber hier für die Genehmigung zum Linienverkehr mit Omnibussen gesagt ist, muß letztlich ebenfalls für die anderen Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und nach dem Güterkraftverkehrsgesetz gelten; denn begrifflich unterscheiden sie sich insoweit nicht voneinander¹⁾.

c) Der gewerbliche Kraftverkehr als hoheitliche Aufgabe im Sinne der Daseinsvorsorge

Für die Rechtsstellung der Genehmigungsinhaber ist weiterhin folgendes bedeutsam: Gewerblicher Güter- und Personenverkehr ist Teilnahme am Wirtschaftsleben mit der typischen Zielsetzung eigenen erwerbswirtschaftlichen Gewinnstrebens²⁾. Personenverkehr und Güterkraftverkehr sind jedoch gleichzeitig ein Vorgang der Befriedigung einer Aufgabe der sogenannten öffentlichen Daseinsvorsorge. Im Rahmen dieser Daseinsvorsorge erbringt, ermöglicht oder sichert sonst die öffentliche Verwaltung Leistungen für alle Staatsbürger. Das gehört jedenfalls zu den Aufgaben der Verwaltung. Wenn der Staat sich hierzu nicht seiner eigenen sachlichen Verwaltungsmittel und seines Personals oder ihm verwaltungsmäßig zugeordneter Mittel bedient oder bedienen kann (z.B. die Bundesbahn, die Bundespost mit ihren Kraftfahrzeuglinien oder die kommunalen Körperschaften mit ihren eigenen Omnibuslinien), dann kann der Staat (im weiteren Sinne) in Erfüllung derselben Aufgabe auch durch Indienststellung verwaltungsfremder Mittel, nämlich privater Unternehmen, hoheitlich tätig werden³⁾. Die privaten Unternehmen bindet er durch Festsetzung von Leistungspflichten und Aufbürdung bestimmter öffentlichrechtlicher Verantwortlichkeiten.

Das wurde vor allem deutlich in den Jahren nach der

- - - - -

1) Urteil d. OVG Münster v. 19. 4. 1950, Amtl. Sammlung, Bd. 2, S. 99.

2) Vgl. Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, S. 13.

3) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 324.

Kapitulation im Jahre 1945, als das staatliche Verkehrsnetz vernichtet war und zur Aufrechterhaltung des Verkehrs in großem Umfang die Privatinitiative von Staats wegen herangezogen wurde¹⁾. Jedenfalls übernahmen damit die privaten Verkehrsunternehmen Aufgaben, die eigentlich dem Staat zufielen. Bei der "Übertragung dieser Aufgaben" standen die "polizeilichen Hinderungsgründe" sicherlich nicht im Vordergrund, sondern maßgeblicher Grund war bei der Erteilung der Genehmigungen - wie auch heute noch - eine befriedigende Bedienung des Verkehrs.

Der Genehmigungsvorbehalt des Personenbeförderungs- und des Güterkraftverkehrsgesetzes, die beschränkte Zahl der zugelassenen Unternehmen im Linienverkehr und die Kontingentierung der Fernverkehrsgenehmigungen, die Erteilung der Genehmigungen im einzelnen, die Begründung und Auferlegung besonderer Pflichten sowie die Festlegung der Tarife und der Kontrahierungszwang und nicht zuletzt die staatliche Überwachung bilden - insgesamt gesehen - einen solchen Vorgang der Indienststellung. Wer als Unternehmer in dieser Weise in jene Aufgabe öffentlicher Daseinsvorsorge ordnungsgemäß eingeschaltet worden ist und nach § 78 Abs. 2 GüKG sogar zur Betriebsaufnahme angehalten werden kann, "trägt seinerseits ebenso öffentlich-rechtliche Verantwortung gegenüber dem Staat, wie dieser im Verhältnis zum Unternehmer Bedingungen eingeht, auf deren Einhaltung dieser ein korrespondierendes und rechtlich beachtliches Interesse geltend machen kann" ²⁾.

Diese Bindungen hat der Gesetzgeber im einzelnen festgelegt, und ihr Inhalt gestaltet die Rechtsstellung des Genehmigungsinhabers in allen rechtlich wesentlichen Zügen.

- - - - -

1) Vgl. Held, aaO, S. 11.

2) Vgl. Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, S. 13/14

d) Schutzfunktion der Gesetze im Beförderungsrecht
durch zeitliche Begrenzung der Genehmigungen

Die Genehmigungen sind zeitlich bemessen. Nach § 12 GüKG beträgt die Frist mindestens 8 Jahre für eine Güterfernverkehrsgenehmigung. Die Dauer einer Genehmigung für den Betrieb einer Straßenbahn oder einer Obuslinie beträgt in der Regel 25 Jahre, für den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen im Höchstfall 8 Jahre, während beim Gelegenheitsverkehr die Geltungsdauer auf 4 Jahre festgesetzt wird (§§ 16, 38, 44, 50 PBefG).

Sinn und Zweck der zeitlichen Mindest- oder Höchstbegrenzung sind ohne weiteres ersichtlich, zumal das Gesetz die Erteilung von Genehmigungen auf Lebenszeit nicht kennt und diese jeweils nur für bestimmte Kraftfahrzeuge im Fern-, Linien- und Gelegenheitsverkehr (§ 11 GüKG und § 9 PBefG) erteilt werden. Die Terminierung entspricht der vermuteten Lebensdauer und Verwendbarkeit der Fahrzeuge und sichert die Entscheidung des Unternehmers über die erforderliche Investition ebenso wie sein Vertrauen auf die Einrichtung und Entwicklung seines Betriebes nach der Zahl der erteilten Genehmigungen.

Die genannten Bestimmungen haben damit, wie insbesondere aus der Mindestdauer der Güterfernverkehrsgenehmigung hervorgeht, für den Genehmigungsinhaber die Funktion einer Schutzvorschrift, die den Rechts- und Vermögenswert der erteilten Genehmigung charakterisiert. Danach steht dem Inhaber der Genehmigung das Recht auf Beibehaltung der Genehmigung innerhalb der gewährten Frist zu.

Eine derartige Rechtsposition kann systematisch nur als subjektives öffentliches Recht bezeichnet werden, das dem Unternehmer der öffentlichen Gewalt gegenüber zusteht.

e) Schutz des Genehmigungsinhabers durch beschränkte, ausschließlich gesetzlich geregelte Rücknahmемöglichkeiten

Da das Güterkraftverkehrsgesetz und das Personenbeförderungsgesetz die Voraussetzungen für die Rücknahme der Genehmigungen abschließend aufzählen (§ 78 GüKG, § 25 PBefG), verweisen die Gesetze die Genehmigungen zutreffend in den Kreis der rechtsbegründenden, begünstigenden Verwaltungsakte, deren Rücknahme lediglich aus den genau bestimmten, auch allgemein verwaltungsrechtlich anerkannten Gründen vorgesehen ist. Die gesetzliche und abschließende Aufzählung dieser lediglich persönlichen Rücknahmegründe (der Wegfall des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses zählt nicht dazu, § 78 GüKG, § 25 PBefG), stellt deshalb für jeden Genehmigungsinhaber, in dessen Person oder Verantwortungsbereich solche Gründe nicht vorhanden sind, eine mittelbare gesetzliche Gewährleistung für ihren ungeschmälernten Bestand und Fortbestand in seiner Person dar, womit der Rechtscharakter dieser Genehmigungen zusätzlich vom Güterkraftverkehrsgesetz und dem Personenbeförderungsgesetz unterstrichen wird¹⁾.

f) Schutz des Genehmigungsinhabers durch monopolartige Stellung

Die Erteilung der Güterfernverkehrsgenehmigungen ist nur in begrenztem Umfang möglich und richtet sich nach bestimmten Höchstzahlen, die der Bundesminister für Verkehr mit Zustimmung des Bundesrates unter Berücksichtigung des öffentlichen Verkehrsbedürfnisses und der Verkehrssicherheit auf den Straßen festsetzt (§ 13 GüKG).

Die Erteilung der Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz ist davon abhängig gemacht, daß der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln nicht mehr befriedigend

- - - - -

1) Vgl. Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, S. 13 ff.

bedient werden kann (§ 13 PBefG). Nach Absatz 2 Ziff. a - c ist das der Fall, wenn das noch zuzulassende Unternehmen dem oder den bereits zugelassenen und vorhandenen Verkehrsunternehmen keinen unbilligen Wettbewerb bereits oder ihrer dem öffentlichen Bedürfnis mehr entsprechenden Ausgestaltung vorgreift.

Damit verleiht das Gesetz demjenigen, der bereits eine Genehmigung nach dem Güterkraftverkehrsgesetz, vor allem aber und in noch stärkerem Maße eine Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz besitzt, einen Rechtsanspruch darauf, daß ihm durch Erteilung anderer Genehmigungen an weitere Unternehmen kein unbilliger Wettbewerb bereitet wird¹⁾.

Unbilliger Wettbewerb ist nicht gleichbedeutend mit unlauterem Wettbewerb, sondern ist bereits dann gegeben, wenn das beantragte Unternehmen die Fahrgäste von dem vorhandenen Unternehmen abziehen wird, ohne gleichzeitig den Verkehr nachhaltiger und besser zu bedienen. Durch diesen Anspruch auf Schutz gegen unbilligen Wettbewerb im Personenbeförderungrecht und durch staatlich gelenkte Frequentierung im Güterkraftverkehr erhält der Inhaber der Genehmigung eine monopolartige Stellung, die das Gesetz in erster Linie dem Verkehrsunternehmer im Linienverkehr gewährt. Das geschieht nicht zuletzt deshalb, weil der einmal konzessionierte Unternehmer für seine Verkehrseinrichtungen erhebliche finanzielle Werte vorhalten und Leistungen erbringen muß. Der Schutz geht so weit, daß Verstöße gegen die genannten Bestimmungen in

- - - - -

1) Oppelt, aaO, 154, S. 36; Dietrich, Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungrecht, Der Personenverkehr 1956, S. 84 ff.

Verbindung mit § 40 des PBefG sogar Schadensersatzansprüche gem. § 823 Abs. 2 BGB für den Betroffenen auslösen¹⁾.

Gerade diese dem Genehmigungsinhaber gegebene monopolartige Stellung ist es, die die Verkehrsbetriebserlaubnis über den Rahmen einer gewöhnlichen Erlaubnis hinaushebt, sie als subjektiv öffentliches Recht charakterisiert und dem Inhaber einer derartigen Genehmigung eine ganz andere rechtliche Position verschafft als dem Inhaber einer gewöhnlichen Erlaubnis.

g) Übertragung besonderer Pflichten auf den Genehmigungsinhaber und staatliche Aufsicht

Aus der Tatsache, daß der Inhaber der Genehmigung nicht lediglich "Rechte", sondern auch eine große Zahl von Pflichten gegenüber dem Staat zu übernehmen hat, ergibt sich weiterhin, daß diese Genehmigung über den Rahmen einer Erlaubnis hinausgeht. Die Verwaltung befriedigt die an sie gestellten Anforderungen im Rahmen der Daseinsvorsorge durch Indienststellung verwaltungsfremder Verkehrsmittel, wobei sie sich des Verkehrsmittels als solchem, mithin funktionell bedient. Die Unternehmen werden durch Festsetzung konkreter Leistungspflichten in den Dienst der Daseinsvorsorge gestellt und insoweit einer besonderen Verantwortung gegenüber der Verwaltung unterworfen. Der Unternehmer unterliegt dabei gewissen Bedingungen oder Konzessionsbindungen, die im GüKG und PBefG im einzelnen festgelegt sind. Sie betreffen die Einhaltung der Tarife (§ 20 ff GüKG), die Überwachung durch die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr (§ 53 GüKG), insbesondere die monatliche Vorlage der für die Tarifüberwachung erforderlichen Unterlagen an die Anstalt (§ 58 GüKG), die gesetzliche Unterstellung

- - - -

1) OLG Bamberg, Urteil vom 21.3.1956, in NJW 1956, S.1601, OLG Celle, Urteil vom 26.5.1954, in NJW 1955, S. 265, OLG Stuttgart, in: Der Personenverkehr 1954, S. 203.

unter die Überwachungspflicht der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr und allgemein die Aufsicht der Genehmigungsbehörde. Im Personenbeförderungsrecht unterliegt das Unternehmen hinsichtlich der Erfüllung der Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes, der zu seiner Durchführung erlassenen Vorschriften und der Genehmigungsbedingungen der Aufsicht der Genehmigungsbehörde.

Als Äquivalent für die große Zahl von Pflichten (die über den Rahmen von Auflagen bei einer gewöhnlichen Erlaubnis hinausgehen) und als Ausgleich für die großen Belastungen, die ihm durch die Bedingungen auferlegt werden, wird dem Genehmigungsinhaber eine größere Rechtsmacht verliehen. Nur bei dieser Konstruktion des rechtlichen Beziehungsverhältnisses des Beförderungsunternehmers zum Staat gibt es einen gerechten Ausgleich.

h) Übertragbarkeit der Genehmigungen

Als letztes Moment spricht noch für den Charakter eines subjektiven Rechtes, daß die Rechte aus den Genehmigungen teilweise abstrakt übertragen werden können. Nach § 5 Abs. 2 Ziff. 2 PBefG bedarf die abstrakte Übertragung der aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten auf einen anderen der Genehmigung. Hier wird die Genehmigung, d.h. der Inhalt der Genehmigung, abstrakt behandelt und zum selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs gemacht. Sie stellt einen im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestand dar, ohne daß damit das Unternehmen, der Betrieb an sich, gemeint ist; denn seine Übertragung bedarf noch einer besonderen Genehmigung. Hier kann jedoch die Genehmigung an sich, die "Konzession", gesondert übertragen werden.

- - - - -

- 1) Ziffer 3 behandelt die Übertragung des gesamten Betriebes.

Das ist nur dann möglich, wenn es sich um ein abstraktes Recht, also um eine verliehene Rechtsmacht handelt. Die bei einer normalen Erlaubnis ausgesprochene Feststellung, daß dem beantragten Betrieb keine polizeilichen Hinderungsgründe entgegenstehen, stellt kein in sich abgeschlossenes und übertragbares Recht dar.

i) Gesetzliche Begriffsunterscheidungen der Verkehrsbetriebsgenehmigungen

Das Güterkraftverkehrsgesetz selbst trifft noch eine Unterscheidung zwischen der Verkehrskonzession, die ein subjektiv öffentliches Recht darstellt, und der normalen Erlaubnis im Sinne einer Befreiung von einem bestehenden Betätigungsverbot.

Nach § 80 GüKG bedarf der Betrieb des allgemeinen Güternahverkehrs einer Erlaubnis. Diese Erlaubnis ist nicht, wie die Güterfernverkehrsgenehmigung oder die Genehmigung zum Güterliniennahverkehr, eine Konzession im Sinne einer echten Rechtsverleihung¹⁾.

Hier sei zunächst auf die unterschiedliche Terminologie hingewiesen, die nicht unbedingt als Nachweis für den verschiedenen rechtlichen Gehalt der Genehmigungen gelten soll, wenngleich einiges dafür spricht, daß der Gesetzgeber des Jahres 1952 für die §§ 80 ff GüKG mit Absicht den Begriff "Erlaubnis" gewählt hat, in allen anderen Fällen des Gesetzes jedoch einheitlich den Begriff "Genehmigung" verwandt hat.

Entscheidend ist aber, daß der Güterfernverkehr von der Kontingentierung und der Einzelkonzession geprägt wird, für die Durchführung des Güternahverkehrs dagegen nicht die Einzelkonzession, sondern lediglich eine Betriebserlaubnis erforderlich ist.

- - - - -
1) So auch ohne Begründung Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Güterkraftverkehrsgesetz, 1. u. 2. Aufl., Anm. 8 zu § 80 und Anm. 4 zu § 90; Müller, Straßenverkehrsrecht, 1957, Anm. 5 zu § 80.

Im übrigen finden sich gerade in der weiteren Ausgestaltung des Güterliniennahverkehrs - im Gegensatz zum allgemeinen Güternahverkehr - viele Parallelen zu dem linienmäßig betriebenen Personenverkehr auf der Straße, so daß sich bei diesem derselbe Rechtscharakter zeigt wie beim Linienverkehr mit Omnibussen. Der Güterliniennahverkehr ist deshalb auch dem Kleinbahnverkehr vergleichbar und im echten Sinne konzessionspflichtig.

Insbesondere sind für das Genehmigungsverfahren, für die Berücksichtigung bereits bestehender Verkehrsunternehmen, für das Ausmaß der Beförderungspflicht und den Tarif Erfahrungen des Straßen-Personenbeförderungsrechts und seiner Praxis sowie der Eisenbahnverkehrsordnung verwertet worden. Diese Besonderheiten fehlen bei der Erteilung der Erlaubnis zum Güternahverkehr. Der Gesetzgeber hat hier auf die strengen Zulassungsvoraussetzungen verzichtet. Darauf konnte er auch verzichten; denn mit der Erteilung der Erlaubnis wollte er eine Rechtsverleihung vermeiden.

Eine weitere Unterscheidung ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber die Zulassung zum Güterliniennahverkehr - im Gegensatz zum Güternahverkehr - neben der Erlaubnis von einer besonderen Genehmigung abhängig machte (§ 90 GüKG).

Außerdem ergibt sich der unterschiedliche Rechtscharakter aus der geschichtlichen Entwicklung des Güternahverkehrs. Bis zum Inkrafttreten des GüKG stand der Güternahverkehr jedem Staatsbürger offen. Es hatte sich jedoch gezeigt, daß er aus Gründen der öffentlichen Sicherheit gesetzlich geregelt werden mußte; denn immer wieder hatte es sich ergeben, daß die Fahrzeuge des Nahverkehrs sich häufig in einem schlechten Zustand befanden, überladen oder unsachgemäß beladen waren. Die Gründe

hierfür lagen vor allem darin, daß infolge des uneingeschränkten Zugangs zum Gewerbe auch unzuverlässige und ungeeignete Personen den Nahverkehr betreiben konnten¹⁾. Dadurch und durch den wirtschaftlichen Wettbewerb wurden nur zum Teil diese Unternehmer ausgeschieden, und meistens zu spät, so daß durch sie die öffentliche Verkehrssicherheit gefährdet wurde. Deshalb mußte der Gesetzgeber regelnd eingreifen. Die Regelung konnte aber aus dem Gesamtcharakter des Nahverkehrs lockerer sein als im Fernverkehr²⁾. Der Gesetzgeber machte daher die Aufnahme des Güternahverkehrsunternehmens im Gegensatz zum Fernverkehr nur von der Erteilung einer Erlaubnis abhängig.

Den Charakter einer gewöhnlichen Erlaubnis erhält sie vor allem dadurch, daß ihre Erteilung im Gegensatz zu anderen Genehmigungen des GüKG lediglich von persönlichen Voraussetzungen abhängig gemacht und schon dann erteilt wird, wenn der Antragsteller sachkundig und zuverlässig ist (§ 81 Abs. 1 und 2 GüKG). Dabei erstreckt sich allerdings das Erlaubnisverfahren bei der Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit nach § 83 in Verbindung mit § 17 GüKG insbesondere auf die Nachprüfung der Betriebssicherheit der Kraftfahrzeuge, so daß gewährleistet ist, daß sich nur verkehrssichere Fahrzeuge im Straßenverkehr bewegen.

4. Ergebnis: Die Verkehrsbetriebserlaubnis mit Ausnahme der Erlaubnis zum allgemeinen Güternahverkehr als subjektives öffentliches Recht

Die Erlaubnis zum allgemeinen Güternahverkehr stellt daher nur eine gewöhnliche Erlaubnis im Sinne des Gewerberechts dar, durch die eine konkrete Befreiung von einem allgemeinen Verbot

- - - - -

- 1) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 230. Sitzung, Bl. 10520 - 10524, Zweite und Dritte Beratung des Entwurfes eines Güterkraftverkehrsgesetzes.
- 2) Der Güternahverkehr stellt als Flächenverkehr eine Ergänzung der Eisenbahn dar und eine Beschränkung zu deren Gunsten ist nicht erforderlich.

ausgesprochen und festgestellt wird.

Die Berechtigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz (Straßenbahn- und Linienverkehrsgenehmigung mit Omnibussen, Genehmigung zum Gelegenheitsverkehr) und die Güterfernverkehrsgenehmigung sowie die Genehmigung zum Güterliniennahverkehr bedeuten dagegen die Verleihung einer Rechtsmacht durch die Zulassungsbehörde, die ein subjektives öffentliches Recht beinhaltet.

IV. Die Verkehrsbetriebserlaubnis als vermögenswertes Recht

Wenn es sich bei diesen öffentlichen Berechtigungen auch um subjektive öffentliche Rechte handelt, so ist damit noch nicht festgestellt, daß sie als Eigentumsobjekt im Sinne des Art. 14 GG anzusehen sind. Voraussetzung einer jeden Enteignung ist ein enteignungsfähiges Recht. Enteignungsfähig sind nur Vermögensrechte. Das zu enteignende Recht muß für den Berechtigten gleichzeitig einen vermögenswerten Charakter besitzen, um als enteignungsfähiges Recht angesehen zu werden¹⁾. Das Recht muß einen kommerziellen, in Geld ausdrückbaren und meßbaren Wert darstellen.

Es besteht jedoch kein Zweifel daran, daß die Verkehrsbetriebserlaubnis vermögenswerten Charakter trägt. Die Genehmigungen sind deshalb vermögenswerte Rechte, weil der Unternehmer auf ihrer Grundlage vermögenswerte Dispositionen zu treffen hat. Durch ihren Besitz ist er berechtigt, über vermögenswerte Interessen zu verfügen²⁾. Der vermögenswerte Charakter der Genehmigungen wird noch dadurch bestätigt, daß die Kraftfahrzeuge dem Genehmigungsinhaber gehören oder zumindest von ihm auf Abzahlung gekauft sein müssen, und die Leistungsfähigkeit des Betriebes während der Dauer der Genehmigung gewährleistet

1) Vgl. f. d. gesamte Rechtsprechung BGHZ 6, 270 ff. u. für das Schrifttum Dürig, Festschrift, S. 14, vgl. auch oben S. 43 f.

2) Schmidt-Tophoff, Der Personenverkehr, 1957, S. 61; Ipsen, aaO, S. 15; Scheuner, Der Güterverkehr, 1956, S. 213.

sein muß. Die Bedeutung der Genehmigung als vermögenswertes Recht wird dadurch besonders hervorgehoben, daß die aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten im Bereich des Personenbeförderungsrechts allein für sich und die Güterkraftverkehrsgenehmigung zusammen mit dem Unternehmen auf einen Dritten übertragen werden können, und nach dem Tode des Unternehmers das Unternehmen vom Erben vorläufig weiter ausgeübt werden kann.

Die Bedeutung der Genehmigungen als vermögenswerte Rechte liegt darin, daß sie damit durch die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes gesichert werden, womit also im Falle der Entziehung oder Beeinträchtigung die Vorschriften des Art. 14 Abs. 3 GG Anwendung finden.

Der Bundesgerichtshof läßt es seit der grundlegenden Entscheidung vom 9./10.6.1952¹⁾ für den Eigentumstatbestand genügen, daß ein vermögenswertes öffentliches Recht vorliegt.

Durch die Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz erwirbt der Unternehmer nach der heutigen Lehre²⁾, soweit sich die Autoren mit ihnen befaßt haben, ein subjektives öffentliches Recht, das als vermögenswertes Recht von der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes erfaßt und gesichert wird. Scheuner³⁾, Ipsen⁴⁾, Schmidt-Tophoff⁵⁾, Held⁶⁾ und Ruwe⁷⁾ sprechen expressis verbis den Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz den Eigentumscharakter im Sinne des Art. 14 GG zu.

- - - - -

1) BGHZ 6, 270 ff (278).

2) Vgl. d. Seiten 40 - 58.

3) Scheuner, Die Abmessungen der Lastkraftfahrzeuge und die Verkehrspolitik, S. 213.

4) Ipsen, Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, S. 15.

5) Schmidt-Tophoff, Die Konzessionierung des gewerblichen Güterfernverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland, Rechtsgutachten, 1956, S. 21 ff.

6) Held, aaO, S. 29.

7) Ruwe, Güterkraftverkehrsgesetz, Anm. I zu § 11.

V. Die Verkehrsbetriebserlaubnis und ihre
eigentumsbildenden Merkmale

Offen ist noch die Frage, ob diese Genehmigungen jene eigentumsbildenden Merkmale in sich vereinigen, die nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts erforderlich sind, um sie als öffentliche Berechtigungen zu charakterisieren, denen der Schutz des Art. 14 GG zusteht.

Gerade die vorgenannten und durch die Themenstellung hervorgehobenen Genehmigungen sind es, nachdem durch sie der Inhaber die Grundlage für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erhalten hat, die alle jene besonderen Erfordernisse und Merkmale beinhalten, die das Schrifttum und die dem Bundesgerichtshof entgegengesetzte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts als weitere erforderliche Voraussetzungen und Kautelen aufgestellt haben. Sie sind auch unerläßlich, um die öffentlichen Berechtigungen in den Eigentumsschutz des Art. 14 GG einzubeziehen.

Das Schrifttum und die Rechtsprechung können sich an diesen Gewerbegenehmigungen mit dem Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechtes orientieren. Diese Berechtigungen bilden die Grundlage für weitere Diskussionen. Die bisher noch widerstreitenden Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung können sich bei der Frage der Einordnung der subjektiv öffentlichen Rechte in den verfassungsmäßigen Eigentumsschutz hier einigen und gemeinsame Wege einschlagen; denn die Konzessionen nach dem PBefG und dem GüKG vereinigen alle jene Merkmale in sich, die von den einzelnen Autoren und den Gerichten als weitere Nebenumstände verlangt werden, um bestimmte öffentliche Rechte in den Eigentumsschutz einzubeziehen.

1. Die vom Schrifttum aufgestellten eigentumsbildenden Merkmale

Sofern sich das Schrifttum überhaupt im Rahmen des Eigentumsschutzes mit Gewerbeberechtigungen auseinandergesetzt hat, stellen die Autoren darauf ab, daß das vermögenswerte subjektive öffentliche Recht allein nicht genüge, um es in den verfassungsmäßigen Eigentumsschutz einzubeziehen. Dazu müssen noch besondere, näher bezeichnete Umstände treten, um öffentliche Berechtigungen als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG ansprechen zu können¹⁾.

Es ist hier insoweit ohne Bedeutung, welcher Auffassung der Autoren im einzelnen man beitreten will; denn die Genehmigungen nach dem PBefG und dem GüKG erfüllen diese verschiedenen Voraussetzungen in jedem Fall.

Es bleibt sich gleich, ob man nun mit Weber²⁾ und Dürig³⁾ darauf abstellen will, daß Rechtsstellungen nur geschützt werden sollen, "wenn ihr Merkmale eignen, die den Eigentumsbegriff konstituieren, wenn in ihnen also Elemente eigener Leistung oder freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder notwendiger Existenzsicherung wirksam sind" oder mit Ipsen⁴⁾ darauf, daß "die öffentlich-rechtliche Position erst die ermöglichende Grundlage für eine privatrechtlich-wirtschaftliche Tätigkeit bilden muß". Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit Scheuner⁵⁾ "eine rechtlich gesicherte Position wirtschaftlicher Art ausreichen läßt" oder mit Schack⁶⁾ "es an einer rechtlich geschützten Position genügen läßt, die in ihrem Gesamtcharakter

- - - - -

1) Vgl. S. 40 bis 58.

2) Weber, vgl. S. 48 - 49.

3) Dürig, vgl. S. 43 - 45.

4) Ipsen, vgl. S. 41 - 43.

5) Scheuner, vgl. S. 45 - 48.

6) Schack, vgl. S. 51 - 52

eine Rechtsstellung einnehmen kann, die als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG angesehen werden kann". Am Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man mit Forsthoff¹⁾, obschon er eine wesentliche Ergänzung bringt, nur jene subjektiv öffentlichen Rechte der Eigentumsgarantie zuordnet, "deren Substrat sich als individueller Anteil am Volksvermögen darstellt". Die Verkehrsgenehmigungen erfüllen in jedem Fall alle diese Voraussetzungen. Sie bilden die Grundlage für eine privatrechtliche, keinesfalls öffentlich-rechtliche, wirtschaftliche Tätigkeit. Ihr Inhaber gestaltet sie durch den Einsatz von Kapital und Arbeit zu einem Gewerbebetrieb, und er übt dieses Unternehmen mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten zur Sicherung seiner Existenz aus.

2. Die durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten eigentumsbildenden Merkmale

Der Gewerbebetrieb des Verkehrsunternehmers umfaßt jedoch auch jene Elemente und Merkmale, die von der Rechtsprechung, vielfach in stärkerem Maße als von der Literatur, vorausgesetzt werden, um die Rechtsstellung oder die Rechtsposition des Genehmigungsinhabers als enteignungsfähig anzusehen.

Der Bundesgerichtshof, der lediglich auf ein vermögenswertes Recht abstellt, hebt in einer gewerberechtlich akzentuierten Entscheidung²⁾ hervor, daß Inhalt der Apotheken-Personalkonzession - und damit des subjektiv öffentlichen Rechtes auf Errichtung und Führung eines Apothekenbetriebes - insbesondere der Rechtsvorteil sei, "daß sich der Konzessionsinhaber nur einer sehr beschränkten Konkurrenz ausgesetzt sieht und, da die Konzession regelmäßig nur für eine räumlich und lagenmäßig genau bestimmte Apotheke verliehen würde, verknüpfe sich mit ihr auch der in der örtlichen Situation, im Namen und in der Kundschaft steckende Wert"³⁾.

- - - - -

1) Forsthoff, vgl. S. 49 bis 51.

2) BGHZ 15, 17 ff (20) - Apothekenurteil.

3) Vgl. im einzelnen S. 23 u. 24.

Für den Bundesgerichtshof besteht nach seiner Entscheidung vom 23.4.1956¹⁾ die Rechtsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters auf Grund verliehener Berechtigung vornehmlich darin, daß dieser seine Tätigkeit im Rahmen des Kehrzwanges und des Kehrmonopols ausüben kann und daß diese nach Ansicht des erkennenden Senats auch vermögenswert ist, weil Kehrzwang und Kehrmonopol dem Bezirksschornsteinfegermeister bestimmte Einkünfte sichern²⁾.

In diesen gewerberechtlichen Entscheidungen stellt der BGH somit insbesondere auf den Kehrzwang und die beschränkte, wenn nicht sogar gänzlich ausgeschlossene Konkurrenz ab.

Dieses Moment findet sich bei der Verkehrsbetriebserlaubnis wieder. Aus diesem Ausschluß oder Wegfall der Konkurrenz ergibt sich auch das besondere Recht auf Schutz des Genehmigungsinhabers³⁾. Diese monopolartige Schutzstellung macht sich insbesondere beim Linienverkehr mit Omnibussen bemerkbar.

Für das Bundesverfassungsgericht ist in der letztgenannten gewerberechtlichen Entscheidung⁴⁾⁵⁾ der Unterschied zwischen einem rein privaten Handwerksbetrieb und dem mehr "öffentlichen Betrieb" des Bezirksschornsteinfegermeisters bedeutsam. Während es einerseits abstellt auf den Handwerksbetrieb, den der Inhaber sich durch seine Arbeit, seine persönlichen Fähigkeiten und vor allem durch den Einsatz seines eigenen Kapitals geschaffen hat, bei dem er das Unternehmerrisiko trägt und der für ihn einen

- - - - -

1) BGHZ DÖV, 1956, S. 574 - Schornsteinfegerurteil.

2) Vgl. S. 24 und 25.

3) Vgl. S. 129 ff - Schutz der Unternehmen vor allzu großer Konkurrenz aus Gründen der öffentlichen Verkehrssicherheit.

4) BVerfGE 1, 265 ff (277) Schornsteinfegerurteil.

5) Zu 1) und 4) In beiden Entscheidungen war die Rechtsstellung eines Bezirksschornsteinfegermeisters durch hoheitlichen Eingriff beeinträchtigt worden. Sie basieren vornehmlich auf dem staatlich auferlegten Kehrzwang und dem staatlich gewährten Kehrmonopol. Die Gerichte ziehen jedoch bezüglich des Eigentumsschutzes verschiedene Folgerungen hieraus, wobei das Bundesverfassungsgericht die Verletzung des Art.14 GG verneint, weil die öffentlich rechtlichen und nicht privatrechtlichen Elemente bei dieser Tätigkeit überwiegen.

im Rechtsverkehr verwertbaren Vermögensbestandteil darstellt, kennzeichnet es andererseits die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters als eine solche, "bei der die privatrechtlichen Wesenszüge ganz zurücktreten, die öffentlich-rechtlichen Elemente überwiegen"¹⁾.

Wenn dieses Urteil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Juli 1953²⁾ gegenübergestellt wird, wonach "grundsätzlich vermögenswerte Rechte des öffentlichen Rechtes" vom Eigentumsschutz des Art. 14 GG nicht umfaßt werden, diese Entscheidung jedoch die Frage ausdrücklich offen läßt, "ob öffentlich-rechtlich Ansprüche denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen", so kann festgestellt werden, daß bestimmte Rechtskomplexe öffentlich rechtlicher Herkunft, sofern sie die im Urteil vom 30.4.1952 (Schornsteinfegerurteil) sonst aufgestellten Erfordernisse enthalten und diese Merkmale besitzen, auch nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts als Eigentum angesehen werden können. Denn die spätere Entscheidung ist im Anschluß an das Schornsteinfegerurteil ergangen und steht - wie überhaupt alle weiteren Urteile des Bundesverfassungsgerichts - nicht im Gegensatz zu dieser grundlegenden Entscheidung, sondern stellt ihr gegenüber nur eine Ergänzung dar.

Die Verkehrsunternehmen sind aber Betriebe, die auf privatrechtlicher Basis betrieben werden, die der Inhaber sich durch seine Arbeit und seine persönlichen Fähigkeiten geschaffen und ausgebaut und vor allem durch den Einsatz seines Kapitals begründet hat, weil er andernfalls gar nicht erst zu einer Betätigung käme.

- - - - -

1) Vgl. S. 30 ff.

2) BVerfGE 2, S. 380 ff.

Der Betriebsinhaber unterliegt allerdings ständiger hoheitlicher Kontrollen hinsichtlich der von den Behörden geforderten Voraussetzungen im technischen Bereich, wie diese überhaupt erst Grundlage der öffentlich rechtlichen Verleihung sind.

Schließlich trägt der Genehmigungsinhaber auch allein das Unternehmerrisiko und kann entweder die Rechte und Pflichten aus der Genehmigung oder den gesamten Betrieb im Rechtsverkehr frei veräußern. Obschon die Betriebserlaubnis den Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechts trägt, treten die öffentlich-rechtlichen Elemente bei der Ausübung der Genehmigung zurück. Die privatrechtlichen Wesenszüge überwiegen, wenn der Staat sich auch gewisse Aufsichtsrechte vorbehält, die jedoch an dem Charakter einer auf privatrechtlicher Grundlage ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit nichts ändern können.

Schließlich werden auch die vom Bundessozialgericht aufgestellten Erfordernisse¹⁾ erfüllt, "wonach es sich um Berechtigungen handeln muß, die in ihrer Bedeutung und damit wirtschaftlich gesehen auch in ihrem Vermögenswert entscheidend von den beruflichen Fähigkeiten und der Initiative des Berechtigten abhängen". Als ausschlaggebend wird die mit der Verwirklichung des Rechts notwendig verbundene eigene Leistung angesehen, in der Elemente eigener Anstrengung und freien Schaltens mit eigenen wirtschaftlichen Möglichkeiten sowie notwendiger Existenzsicherung wirksam sind²⁾.

Wie schon ausgeführt, entwickelt der Unternehmer auf Grund seiner Genehmigung sein Verkehrsunternehmen, dessen Umfang und Größe von äußeren Gegebenheiten und den aufgewendeten Sachmitteln abhängt, aber genau soviel von seinem Können und seiner Initiative. Die Art, wie er das ihm verliehene Recht gestaltet, wird zu einem wichtigen Faktor der Existenzsicherung.

- - - - -

1) BSGE 5, 40 (42 ff) = NJW 1957, 1691.

2) Vgl. S. 58 ff (61).

VI. Ergebnis: Eigentumsschutz des Art. 14 GG für die Verkehrsbetriebserlaubnis

Das durch das Güterkraftverkehrsgesetz vermittelte vermögenswerte subjektive öffentliche Recht des Fernverkehrs- und des Güterliniennahverkehrsunternehmers sowie das durch das Personenbeförderungsgesetz verliehene Recht zum Personenverkehr mit Linienomnibussen und zum Gelegenheitsverkehr gehören zu den schutzwürdigen Berechtigungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG und sind im Falle einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG zu entschädigen.

Abschnitt II

Die Enteignung von gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen, insbesondere von Verkehrsgenehmigungen, durch Aufhebung und Beeinträchtigung

Es ist zu untersuchen und festzustellen, ob und unter welchen Umständen die Aufhebung (Widerruf im weitesten Sinne) der Gewerbe genehmigungen, also der "Rechte" an sich, oder die Beeinträchtigung dieser "Rechte" durch Erlass eines neuen Verwaltungsaktes, der das Recht beeinträchtigt und dadurch in den Betrieb eingreift, eine entschädigungspflichtige Enteignung bedeutet.

Teil A I. Begriff der Enteignung

Zunächst ist deshalb darzulegen, was unter Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG zu verstehen ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes soll hierfür zugrunde gelegt werden.

1. Enteignung und Eigentumsbindung

Der BGH hat in seinem Beschluß vom 9./10. Juni 1952 und dann in ständiger Rechtsprechung¹⁾ zwischen der entschädigungslosen

1) BGHZ 6, 270 ff; 15, 268 (271); 23, 30 ff (32);

BGH in DÖV, 1957, 669; BB 1958, 324; NJW 1958, 747.

Eigentumsbindung nach Art. 14 Abs. 1 GG, zu der jeder Staatsbürger verpflichtet ist, und der zur Entschädigung verpflichtenden Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG unterschieden und daraus den Begriff der Enteignung abgeleitet.

Der BGH legt fest, daß Inhalt und Schranken des Eigentums in einer allgemein verbindlichen Weise durch Gesetz bestimmt werden können, wobei die inhaltliche Bestimmung und Begrenzung des Eigentums ihrem Wesen nach allgemeiner Natur sein muß. Einzelmaßnahmen gegen bestimmte einzelne Eigentümer oder bestimmte Gruppen von Eigentümern dürfen auf diese Weise nicht getroffen werden, genau so wenig, wie auf diese Art Eigentum entzogen, übertragen oder es anders als durch verstärkte, alle gleich treffende Pflichtenbindungen belastet werden darf. Andererseits können auf diese Weise inhaltliche Begrenzungen der vermögenswerten Rechte vorgenommen werden, die der betroffenen Gattung von Rechten allgemein und dem Wesen des Rechtes im besonderen eigentümlich sind, und die allgemein bestimmte zusätzliche Pflichten, wie z.B. Duldungspflichten, auferlegen und die Rechtsträger unterschiedslos und einheitlich bei der Ausübung ihrer Rechte sozial binden. Bei der Enteignung dagegen handelt es sich nicht um eine allgemeine und gleichwirkende, mit dem Wesen des betroffenen Rechtes vereinbare inhaltliche Bestimmung und Begrenzung des Eigentumsrechts, sondern um einen gesetzlich zulässigen, zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum. Dieser kann in der Gestalt der Entziehung oder Belastung erfolgen, der die betroffenen einzelnen Rechte oder Gruppen von Rechten im Vergleich zu anderen ungleich härter trifft, und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger einzelne

oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders belastet.

Die Enteignung wird mithin nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes durch zwei Merkmale charakterisiert: materiell durch das dem Enteigneten auferlegte ungleiche Opfer, das eine Verletzung des Gleichheitssatzes bedeuten würde und formell durch den Einzeleingriff, als der sich der Enteignungsakt von der notwendig generell bestimmbaren Eigentumsbeschränkung unterscheidet.

2. Enteignung als Vorgang der Eigentumsbeschaffung und Enteignung als rechtstechnischer Begriff

Es ist noch kurz darauf einzugehen, daß die Enteignung unter zwei Aspekten¹⁾ gesehen werden muß. Es gibt einmal die Enteignung als einen Vorgang der Eigentumsbeschaffung. Darunter ist die Entziehung und Überführung von Grundeigentum auf einen begünstigten Dritten im Sinne einer klassischen Enteignung und die sonstige Beschaffung von dinglichen oder anderen Rechten zum Vorteil eines begünstigten Dritten zu verstehen.

Aus diesem sogenannten klassischen Enteignungsbegriff entwickelte sich vornehmlich durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts der erweiterte Enteignungsbegriff, der den größten Teil der bisherigen Aufopferungstatbestände in die Enteignung einbezog und nur noch durch den Einzeleingriff gekennzeichnet war. Diese Enteignung bestimmt sich als Enteignung im Sinne eines rechtstechnischen Begriffs, der im Rahmen des verfassungsmäßigen Eigentumsschutzes eine bestimmte Funktion zu erfüllen hat.

In beiden Fällen bedeutet Enteignung etwas Verschiedenes.

- - - - -

1) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1961, S. 297 ff. Das Verdienst, die Begriffe scharf geschieden zu haben, kommt vor allem Haas, System der öffentlich rechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 28 ff. zu, der allerdings nur in der Entziehung, allenfalls in der Vernichtung des Rechtes, eine Enteignung sieht (S. 36).

Die Enteignung im Sinne der ersten Bedeutung als Güterbeschaffungsvorgang ist leicht als solche erkennbar und ergibt in der Anwendung des Art. 14 GG keine besonderen Schwierigkeiten : wobei natürlich immer ein besonderes Augenmerk darauf zu richten ist, daß die Entziehung und Überführung von Eigentum nicht zum bloßen fiskalischen Vorteil der öffentlichen Hand oder im bloßen Interesse des Begünstigten zulässig ist, sondern nur aus Gründen des öffentlichen Wohls (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) gerechtfertigt ist.

Hier interessiert nach der Themenstellung vornehmlich der zweite Aspekt der Enteignung, der eine Übertragung des Rechtes nicht in Betracht zieht, und nur die Aufhebung oder Beeinträchtigung dieser Rechte zum Gegenstand hat. Eine Enteignung im ersteren Sinne ist auch schon deshalb hier ohne Bedeutung, weil das aufgehobene Recht gar nicht auf einen Begünstigten übertragen werden kann.

Selbst wenn die Aufhebung zu Gunsten eines Dritten erfolgen sollte, wenn auch nur in der tatsächlichen Auswirkung, kann das keine Übertragung des entzogenen Rechtes sein; denn für die Erteilung der Genehmigungen sind von dem Antragsteller alle Voraussetzungen zu erfüllen, die zur Erteilung der Erlaubnis erforderlich sind, und ihm wird die Genehmigung originär - die also eine ganz andere ist als die enteignete - erteilt.

Die Enteignung im letzteren Sinne kann deshalb mit Forstthoff als Enteignung im rechtstechnischen Begriff angesprochen werden, weil sie, von ihrem eigentlichen Wortsinn längst abgelöst, nur noch die Funktion hat, alle Merkmale in sich aufzunehmen und zu vereinigen, nach denen die entschädigungsfreien und entschädigungspflichtigen Eingriffe in die individuelle Vermögenssphäre voneinander zu scheiden sind.

Dabei sind Anknüpfungen an den klassischen Enteignungsbegriff nicht mehr möglich, denn die dem klassischen Enteignungsrecht eigentümlichen Merkmale "Übertragung des entzogenen Rechtes" auf den "begünstigten Unternehmer" fehlen, weil sie mit der Funktion, die die Rechtsprechung dem Enteignungsbegriff gegeben hat, nichts mehr zu tun haben¹⁾.

Bei dem Enteignungsbegriff im rechtstechnischen Sinne muß deshalb von Seiten der öffentlichen Hand ein Einzeleingriff in die Rechte eines einzelnen oder in einzelne Gruppen von Berechtigungen vorliegen, der den Berechtigten unter Verletzung des Gleichheitssatzes ein besonderes Opfer auferlegt, wobei der enteignende Eingriff des Staates nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gerechtfertigt wird.

Bei der wirtschaftlich wertenden Betrachtungsweise des Bundesgerichtshofes²⁾ und dem Umstand, daß ein tatsächlicher Eingriff in einen Betrieb eine Beeinträchtigung des Rechtes und damit eine Enteignung darstellen kann, sind die Grenzen sehr weit zu fassen. Enteignungsansprüche bestanden schon nach RGZ 167, 14 (25) nicht nur bei rechtlicher, sondern auch bei nur tatsächlicher Einwirkung. Auch der Bundesgerichtshof³⁾ stellt darauf ab, ob das Verhalten der Behörde in seiner tatsächlichen Wirkung für den betroffenen Eigentümer zu einem Schaden führt, der für ihn ein besonderes Opfer darstellt. Darunter ist jedoch nur ein solches Verhalten der Behörde zu verstehen, das entweder unmittelbar in das Eigentum eingreift oder die Nutzung und Verwertung des Eigentums rechtswidrig behindert. Das Verhalten der Behörde muß also entweder in das Eigentum (Recht) eingreifen oder rechtswidrig die Nutzung oder Verwertung des Eigentums behindern.

- - - - -
1) Urteil des BGH v. 9.4.1956 in RdL 1956, 213 ff (215).

2) BGH v. 28.1.1957, NJW 1957, S. 630.

3) BGHZ 6, 270 ff (291); BGHZ 17, 101/102; 19, 1 (4).

Von diesem Enteignungstatbestand (Art. 14 GG) zu unterscheiden ist der reine Aufopferungstatbestand (§ 75 EinlALR), aus dem sich die Enteignung entwickelt hat. Beide finden ihren Ursprung in dem bereits im älteren Justizstaat entwickelten Rechtsgedanken des "dulde, aber liquidiere", der auch in einigen besonderen Rechtssätzen zum Ausdruck gekommen ist¹⁾.

Die Rechtsinstitute der Aufopferung und der Enteignung haben sich aus dem Gedanken entwickelt, daß die Zivilpersonen für Sonderopfer, die ihnen durch rechtmäßiges Verhalten des Staates auferlegt werden, Entschädigung verlangen können. Der Enteignungstatbestand des Art. 14 GG beruht nach herrschender Meinung auf der Enteignungslehre der Weimarer Zeit.

Der heutige Enteignungsbegriff stimmt hinsichtlich seines Umfangs mit dem vom Reichsgericht zu Art. 153 WRV entwickelten erweiterten Enteignungsbegriff weitgehend überein, der durch den Einzeleingriff gekennzeichnet war. Aus ihm ergibt sich aber die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung bei solchen Gesetzen, die lediglich Eigentumsbeschränkungen (nicht Entzug oder Übertragung auf Dritte) bewirken oder ermöglichen. Wissenschaft und Rechtsprechung erkennen diese Beschränkungen jedoch grundsätzlich als Enteignungen an²⁾.

Der BGH³⁾ erblickt in modifizierter Form im Einzeleingriff das entscheidende Kriterium. Danach liegt eine entschädigungspflichtige Enteignung dann vor, wenn ein mit dem Wesen des betreffenden Rechts nicht zu vereinbarender Eingriff den oder die "betroffenen einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders, trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt,

- - - - -

1) z.B. § 51 GewO bei Entziehung einer Gewerbeerlaubnis, § 70 II pr PVG und ihm folgend § 40 II nds. SOG, § 45 nw OBG u. a.

2) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1965, § 65 I S. 379.

3) BGH Z 6, 270 ff.

und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes besonders trifft".

Der Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kennzeichnet die Enteignung. Enteignung ist, wie allgemein Aufopferung, eine ungleiche Sonderbeeinträchtigung¹⁾.

Somit bleibt für den reinen Aufopferungstatbestand, über dessen Rechtsgrundlage zwar Meinungsverschiedenheiten bestehen²⁾, der andererseits aber allgemein anerkannt wird³⁾, an sich wenig Raum, zumal der BGH den Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs für solche Opfer, "die sich, wären sie rechtmäßig, als Enteignung darstellen würden"⁴⁾, prägte und diesen Grundsatz auch für schuldhaft-rechtswidrige Eingriffe gelten ließ⁵⁾.

Es erwachsen deshalb Aufopferungsansprüche nur noch aus der Beeinträchtigung anderer Güter als vermögenswerter Rechte im weitesten Sinne, nämlich Ansprüche aus Vermögensschäden infolge Beeinträchtigung des Körpers⁶⁾⁷⁾, da dieser vom Eigentumsbegriff des Art. 14 GG nicht erfaßt wird.

- - - - -

- 1) BGH Z 6, 270 ff (280).
- 2) Nach H. J. Wolff, aaO, § 61 I S. 371 ist Rechtsgrundlage ein allgemeiner Rechtsgrundsatz; nach dem BGH wird sie in einem allgemeinen Rechtsgedanken (BGH Z 9, 85 ff; 11, 249, 20, 64), z.T. auch im Gewohnheitsrecht erblickt (Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 310).
- 3) H. J. Wolff, aaO, § 61 I S. 371.
- 4) Das Reichsgericht ordnete rechtswidrige Sonderopfer der Aufopferung zu - vgl. H. J. Wolff, aaO, § 60 I 2 S. 366.
- 5) BGH Z 7, 270 ff (296).
- 6) BGH in MDR 1959, 192; Schack, Gutachten Verh. 41. DJT, 1955, I. 1 Hlbbd. 29.
- 7) Anders H. J. Wolff, aaO, § 60 I S. 367, der es nicht für richtig hält, die vermögenswerten Opfer dem Aufopferungsanspruch zu entziehen und dem Enteignungsrecht zu unterstellen und deshalb auch die Aufopferung eines besonderen Opfers in Gestalt eines Vermögensschadens dem Aufopferungstatbestand zuweist. Die Konstruktion des BGH ist praktikabler, weshalb der Verfasser ihr den Vorzug vor der Ansicht von Wolff gibt.

Der Aufopferungstatbestand setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes voraus, daß die Beeinträchtigung unmittelbar nicht das Vermögen, sondern den Körper betrifft, wobei dann allerdings der BGH den rechtmäßigen Eingriff dem rechtswidrigen-schuldlosen und rechtswidrigh-schuldhaften gleichsetzt¹⁾.

3. Der enteignungsgleiche Eingriff

Der Enteignung im obigen Sinne ist - was gerade für diese Untersuchungen von besonderer Bedeutung ist - der "enteignungsgleiche Eingriff" hinsichtlich der Ersatzleistung durch den Staat gleichzusetzen²⁾. Der Tatbestand des enteignungsgleichen Eingriffs setzt voraus, daß durch einen Träger öffentlicher Verwaltung in ein vermögenswertes Recht eingegriffen wird, und zwar - im Unterschied zum Fall der Enteignung - rechtswidrig eingegriffen wird, wobei die sonstigen Voraussetzungen wie bei der rechtmäßigen Enteignung erfüllt sein müssen. So kann ein Einwirken auch dann ein enteignungsgleicher Eingriff sein, wenn der Eingriff nicht zum Wohle der Allgemeinheit erfolgte und somit rechtswidrig war.

Bestimmend für die Aufopferung und die Enteignung ist ein rechtmäßiges Verhalten der öffentlichen Hand.

- - - - -

1) Vgl. bei H. J. Wolff, aaO, § 60 IV 4 c Übersicht über System der Ersatzleistungen nach der Rechtsprechung des BGH.

2) BGHZ 6, S. 270 ff.

Im Zuge der Ausdehnung der Opferentschädigungsansprüche auf rechtswidrig verursachte Sonderopfer prägte der BGH den Begriff "des enteignungsgleichen Eingriffs" für solche Opfer, die sich, wären sie rechtmäßig, als Enteignung darstellen würden¹⁾.

Die hiermit eingeleitete Entwicklung wurde vom BGH fortgesetzt²⁾, wonach der für schuldlos-rechtswidrige Eingriffe entwickelte Grundsatz auch dann "und sogar erst recht dann zur Anwendung gelangen" müsse, "wenn ein solcher Eingriff schuldhaft vorgenommen worden" sei. Dieser Auffassung hat sich die Wissenschaft nach anfänglichem Widerspruch angeschlossen³⁾.

II. Aufhebung oder Beeinträchtigung einer Gewerbeerlaubnis

Der Eingriff des Staates, der zur rechtmäßigen Enteignung oder zum rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff führt, kann in der Aufhebung oder in der Beeinträchtigung des vermögenswerten Rechtes, - auf den Gegenstand dieser Untersuchung bezogen - der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbebewilligungen, insbesondere der Betriebsberechtigungen, liegen.

Wie schon hervorgehoben, ist die Aufhebung des Rechtes ein (rechtlich) stärkerer Eingriff in das Recht an sich als dessen Beeinträchtigung; denn die Aufhebung ist jeweils die stärkste Form der Vernichtung eines Rechtes.

Was ist jedoch unter Aufhebung des Rechtes überhaupt zu verstehen?

- - - - -

1) BGHZ 6, 270 ff. Hierzu führt der BGH aus:

"Es ist aber geboten, unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre eines einzelnen dann wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden, und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben."

2) BGHZ 7, 290 ff (296).

3) Vgl. bei H. J. Wolff, aaO, § 60 I c 1 S. 366, der auch auf RGZ

1. Begriff der Aufhebung und Beeinträchtigung einer
Gewerbeerlaubnis

Terminologisch wird vielfach nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Weise zwischen Aufhebung, Zurücknahme und Widerruf eines Verwaltungsaktes unterschieden. Die herrschende Meinung versteht unter "Widerruf" die Aufhebung eines gültigen, fehlerfreien Verwaltungsaktes, während unter "Rücknahme" die Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes verstanden wird¹⁾. Es wird aber auch die "Beseitigung" eines begünstigenden Verwaltungsaktes "Widerruf" und die des belastenden "Rücknahme" genannt²⁾. Dem Sprachgebrauch entspricht es am meisten, wenn die vorgesetzte Behörde oder das Verwaltungsgericht einen Verwaltungsakt "aufheben", und die den Verwaltungsakt erlassende Behörde den Verwaltungsakt "widerruft" oder "zurücknimmt"³⁾.

H. J. Wolff unterscheidet zwischen der beabsichtigten ex tunc oder ex nunc Wirkung des Widerrufsaktes und beurteilt erst danach die Zulässigkeit der Widerrufsarten unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Rechtswahrung und des individuellen Vertrauensschutzes⁴⁾.

Er trifft auch in diesem Sinne unter dem Oberbegriff "Widerrufung" eine Unterscheidung zwischen der "Aufhebung" und dem "Widerruf im engen Sinne". Dabei kann der (lästige oder günstige) "Widerruf" die "Zurücknahme" eines Verwaltungsaktes mit ex tunc Wirkung oder seine "Beseitigung" mit ex nunc Wirkung bedeuten.

- - - - -

- 1) Haueisen, DVBl. 1957, S. 506 mit Nachweisungen
Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1961, S. 238/239
- 2) Schütz, DÖV 1958, S. 449.
- 3) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1961, zu § 53 I, S. 288
Bender, Allg. Verwaltungsrecht, 1956, S. 101, Anm. 28
- 4) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1961, S. 288/289.

Im Rahmen dieser Untersuchungen soll jedenfalls der Begriff "Aufhebung" als umfassendster Ausdruck im Sinne des "Widerrufes" eines fehlerfreien Verwaltungsaktes durch eine Behörde (entweder durch die den Verwaltungsakt erlassende oder die vorgesetzte) verstanden werden¹⁾, zumal im Bereiche der entschädigungspflichtigen Enteignung der Widerruf eines fehlerhaften Verwaltungsaktes ausscheidet, da er eine Enteignung nicht auslösen kann. Denn in diesem Falle bestand einmal ein vermögenswertes Recht überhaupt nicht zu Recht, und zum anderen ist dem Berechtigten mit dem Entzug des fehlerhaften Verwaltungsaktes kein besonderes Opfer unter Verletzung des Gleichheitssatzes auferlegt worden.

Unter Beeinträchtigung ist der Eingriff des Staates in eine vermögenswerte Rechtsposition, meistens durch Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes, zu verstehen, wobei eine tatsächliche Einwirkung durchweg in dem Sinne genügt, daß das Verhalten der Behörde in seiner tatsächlichen Wirkung für den betroffenen Eigentümer zu einem Schaden führt, der für ihn ein besonderes Opfer darstellt. Dabei muß entweder unmittelbar in das Eigentum (Recht) eingegriffen oder die Nutzung oder Verwertung des Eigentums rechtswidrig behindert sein.

Welche verschiedenen Möglichkeiten und Fälle der Aufhebung und Beeinträchtigung der Berechtigungen denkbar sind, wird Gegenstand späterer Untersuchungen sein²⁾.

- - - - -

1) So auch Haueisen, Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955, S. 1457 ff.

2) Vgl. S. 166 ff.

2. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Gegenstand dieser Untersuchung ist ausschließlich die Aufhebung und Beeinträchtigung der Gewerbeerlaubnis, der Rechtsposition als solcher, nicht dagegen der hoheitliche Eingriff in das private Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, der durch eine tatsächliche Behinderung in der Ausübung des Betriebes gekennzeichnet ist.

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß die Enteignung den Genehmigungsinhaber als Träger eines vermögenswerten, subjektiven öffentlichen Rechtes und als Inhaber eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes treffen kann.

Für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gilt folgendes: der Genehmigungsinhaber, der auf Grund der Betriebserlaubnis nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz den Verkehrsbetrieb aufgenommen hat und die Genehmigung ausnutzt, ist Inhaber eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes.

Ein derartiger Gewerbebetrieb jedoch stellt als solcher nicht bloß eine in der zivilen Rechtsordnung geschützte Rechtsposition dar. Er wird besonders dadurch gekennzeichnet, daß die privatrechtliche und privatwirtschaftliche Wahrnehmung des Gewerbebetriebes unabdingbar geknüpft ist an die Voraussetzung der öffentlich rechtlichen Genehmigung, so daß folglich jede Einwirkung auf diese auch Einwirkungen auf jene zwangsläufig zu ihrem Inhalt hat, deren Rechtsschutz auch von der öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung gewährleistet wird.

Alle gesetzlichen und verwaltungstechnischen Einwirkungen, die den Genehmigungsinhaber in der Aufrechterhaltung seines

Betriebes und der Nutzbarkeit seiner Genehmigung berühren, treffen ihn deshalb auch in dieser Position.

Sein Schutz wird somit nicht nur durch die Zivilrechtsordnung im Verhältnis seines Inhabers zu Dritten gewährleistet; er gehört auch zum Anliegen der öffentlich-rechtlichen Rechtsordnung. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb steht auch unter der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums im Verhältnis seines Inhabers zur öffentlichen Gewalt. Dabei ist eine Auflösung der Rechtsposition unmöglich und ihre gedankliche Zergliederung auch untunlich, um sie eventuell dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Daß auch der (eingerichtete und ausgeübte) Gewerbebetrieb unter die Garantie des Art. 14 GG fällt, hat das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil vom 30. 4. 1952¹⁾ ausdrücklich bestätigt: Es genügt hierfür die Einsicht und die Feststellung, daß es "innerlich berechtigt" sei, "die Sach- und Rechtsgesamtheit, als die sich der Gewerbebetrieb darstellt, dem reinen Sacheigentum gleichzustellen. Denn es entspricht heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen", daß "das, was der einzelne sich durch eigene Leistung und eigenen Kapitaleaufwand erworben hat, im besonderen Sinne auch als sein Eigentum anzuerkennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen" sei.

Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb des Genehmigungsinhabers nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz gehört daher zu den durch Art. 14 GG geschützten Rechtsgütern.

- - - - -

1) BVerfGE 1, 264 ff (277) = NJW 1952, S. 865.

Geschützt durch Art. 14 GG ist aber außerdem - wie nachgewiesen wurde - die Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz als solche, nämlich als vermögenswertes subjektives öffentliches Recht.

Zwar liegt es vielfach nahe, worauf Dürig schon hingewiesen hat¹⁾, dem Problem des verfassungsrechtlichen Eigentums-schutzes subjektiv öffentlicher Rechte dadurch zu entgehen, daß der öffentlich-rechtliche Rechtsstand des Betroffenen im Einzelfall dem Eigentumsbegriff des privaten vermögenswerten Rechtes zugeordnet wird, so daß die Orientierung am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erfolgt, und die Entscheidung über das als Eigentum im Sinne der Verfassung anerkannte private Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb getroffen wird.

Abgesehen davon, daß das in vielen Fällen, z.B. bei den Heilberufen, gar nicht möglich ist, liegt ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, also in das private Recht, nur dann vor, wenn eine tatsächliche Behinderung in der Ausübung des Betriebes durch hoheitliche Maßnahmen eingetreten ist, die sich im Einzelfall allenfalls noch als Beeinträchtigung der Betriebserlaubnis an sich charakterisieren kann.

Thema dieser Untersuchung ist jedoch auch im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Gewerbeerlaubnis allein die Aufhebung oder Beeinträchtigung dieser Rechte als solcher, nicht die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes im Tatsächlichen, so daß demzufolge nur die aus dem begünstigenden Verwaltungsakt der Genehmigung entstandenen Rechte auf Fortbestand

- - - - -
1) Dürig, Anm. zum Urteil des BSG vom 19. 3. 1957,
JZ 1958, S. 22 ff.

unmittelbar mit Art. 14 GG konfrontiert werden müssen, zumal der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kaum noch Gegenstand eines Meinungsstreites ist. Nur der Widerruf der Genehmigungen und der Erlaß von Verwaltungsakten, durch die die Ausübung der aus der Genehmigung hervorgehenden Rechte beeinträchtigt wird, können im Rahmen dieser Abhandlung Gegenstand einer Untersuchung sein, die zeigen soll, ob sie einen enteignenden Charakter tragen, sofern sich die staatlichen Eingriffe allein gegen die Rechte an sich richten.

Alle anderen Eingriffe, die nur einen Eingriff in das private Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes darstellen, sollen hier keine Erörterung finden.

III. Der Widerruf der Betriebserlaubnis

Da geprüft werden soll, ob der Widerruf einer Genehmigung eine Enteignung darstellen kann, scheidet der Widerruf eines fehlerhaften Verwaltungsaktes aus. In diesem Zusammenhang ist nur zu untersuchen, wie weit der Widerruf eines fehlerfreien Verwaltungsaktes eine Enteignung sein kann.

Beim Widerruf eines Verwaltungsaktes kommt es darauf an, welchen Rechtscharakter er hat. Es ist festgestellt worden, daß alle Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz bis auf die Erlaubnis zum allgemeinen Güternahverkehr subjektiv öffentliche Rechte beinhalten. Nach dem Güterkraftverkehrsgesetz und dem Personenbeförderungsgesetz, aber auch nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts bestehen für sie nur beschränkte, gesetzlich geregelte Rücknahmemöglichkeiten. Bei einem Widerruf durch die öffentliche Hand ist der Staat zur Entschädigung verpflichtet.

Doch sei zunächst allgemein zur Lehre vom Widerruf des Verwaltungsaktes Stellung genommen.

1. Der Widerruf von Verwaltungsakten

In der Lehre vom Widerruf der Verwaltungsakte¹⁾ ist noch immer das Hauptmerkmal für die Widerruflichkeit umstritten²⁾. Während Jellinek³⁾ darauf abstellt, ob durch den zu widerrufenden Verwaltungsakt oder in seiner Folge ein subjektives Recht begründet wurde oder nicht, gehen Peters⁴⁾, Forsthoff⁵⁾ und Haueisen⁶⁾ davon aus, ob der zu widerrufende Verwaltungsakt rechtmäßig oder fehlerhaft war. Dagegen halten Ipsen⁷⁾ und Schütz⁸⁾ für entscheidend, ob es sich bei dem zu widerrufenden Verwaltungsakt um einen begünstigenden oder belastenden handelt.

H. J. Wolff hält es für richtiger, von dem Widerrufsakt selbst auszugehen und erst dann die Zulässigkeit der Widerrufsarten unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Rechtswahrung und des Vertrauensschutzes der einzelnen zu beurteilen⁹⁾.

Dieser Meinung und den sich hieraus nach H. J. Wolff ergebenden Widerrufsmöglichkeiten ist zuzustimmen.

- - - - -

1) Es interessieren im Rahmen dieser Untersuchungen nur die Grundsätze, soweit sie für den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte von Bedeutung sind.

2) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1965, § 53 I, S. 313.

3) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, S. 280.

4) Peters, Lehrbuch, 1949, S. 159.

5) Forsthoff, aaO, S. 215/239.

6) Haueisen, NJW 1958, S. 155/884.

7) Ipsen, Der Widerruf von Verwaltungsakten, 1932, S. 14.

8) Schütz in DÖV 1958, S. 449.

9) Vgl. insoweit S. 153.

Die früher überwiegend vertretene Widerrufslehre beruhte auf der angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten¹⁾. Diese angebliche Regel der freien Widerruflichkeit besteht jedoch nicht mehr²⁾. Es gilt jetzt vielmehr die Regel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten³⁾.

Ein Widerruf darf nur auf Grund eines Rechtssatzes ausgesprochen werden, weil Eingriffe in die Rechts- und Freiheits-sphäre des Staatsbürgers durch einen Rechtssatz zugelassen sein müssen; es sei denn, es handelt sich um einen Widerruf, der den Betroffenen begünstigt. Es muß also einer Verwaltungsbehörde ein Widerrufsgrund gegeben sein.

- - - - -

- 1) Danach waren Verwaltungsakte jederzeit ohne besondere Gründe widerruflich. Es sind jedoch immer mehr Ausnahmen von dieser Regel gemacht worden, die dazu geführt haben, daß eine Reihe von Verwaltungsakten nur noch beschränkt, d.h. nur bei Vorliegen besonderer Gründe widerruflich wurde. Hierzu gehören solche Verwaltungsakte, die ein subjektives Recht begründet haben. Auch die verwirklichte Gewerbeerlaubnis schließt wegen des erhöhten Vertrauensschutzes für das Unternehmen einen Widerruf aus. Schließlich gehört auch der gebundene Verwaltungsakt hierher, weil die Behörde zu seinem Erlaß verpflichtet ist.
- 2) H. J. Wolff, aaO, S. 316. Die freie Widerruflichkeit folgt nicht aus der Tatsache, daß Verwaltungsakte oft frei erlassen werden können, weil der Widerruf eine durch den Verwaltungsakt gestaltete Rechtslage vorfindet. In der Rechtsordnung findet sich kein Satz, der eine freie Widerruflichkeit rechtfertigen könnte. Im übrigen aber wird infolge der zahlreichen Ausnahmen der überwiegende Teil der Verwaltungsakte für beschränkt widerruflich gehalten. Insbesondere läßt sich die Regel der freien Widerruflichkeit auch nicht für alle fehlerhaften Verwaltungsakte halten; denn wenn auch ein Interesse an der Ausschaltung rechtswidriger Zustände besteht, so steht doch die rechtsstaatliche Wahrung der Rechtssicherheit möglicherweise dem Widerruf entgegen.
- 3) H. J. Wolff, aaO, S. 316.

Gegen einen Widerruf sprechen die Interessen der Rechtssicherheit, der Wahrung der Staatsautorität und beim Widerruf begünstigender Verwaltungsakte die Schonung der Interessen des einzelnen, namentlich, wenn sie im Vertrauen auf die Beständigkeit des Verwaltungsaktes etwas "ins Werk gesetzt" oder gar ein subjektives Recht erworben haben¹⁾.

Demgegenüber gibt es aber auch ausnahmsweise vordringliche öffentliche und private Interessen, die für einen Widerruf sprechen, nämlich das öffentliche Interesse an einer Änderung rechtswidriger Zustände, am Entzug einer unredlich erworbenen Rechtslage und an der Bewegungsfreiheit der öffentlichen Verwaltung sowie das private Interesse an der Befreiung von belastenden Verwaltungsakten.

Das kommt auch in den gesetzlichen Regelungen des Widerrufs zum Ausdruck. Allgemeine Rechtssätze darüber enthalten z.B. § 43 bad. VwVerfO oder §§ 141 - 145 thür. LVO. An ihnen und an anderen gesetzlichen Bestimmungen, wie etwa §§ 92 - 96 AO, § 1300 RVO, § 42 pr. PVG, § 31 nds. SOG, § 24 nrw. OBG und den entsprechenden anderen Landesgesetzen orientierten sich Wissenschaft und Rechtsprechung.

Daraus ergibt sich:

Ein Widerruf²⁾ kommt aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht, wenn

- 1) er nach den allgemeinen Regeln unmöglich ist,
- 2) er gesetzlich ausgeschlossen ist und der zu widerrufende Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist,
- 3) der zu widerrufende Verwaltungsakt erloschen ist.

Ein begünstigender Verwaltungsakt kann ferner auch dann nicht widerrufen werden, wenn er bei gleichgebliebenen

- - - - -

1) BVerwGE 11, 136.

2) Nach H.J. Wolff: Widerruf = Zurücknahme mit ex tunc Wirkung.

tatsächlichen Verhältnissen nachträglich unzweckmäßig oder unrichtig erscheint.

Ein Widerruf¹⁾ ist ausnahmsweise zulässig, wenn

- 1) ein Gesetz die Beseitigung ausdrücklich zuläßt,
- 2) trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung das Vertrauen des Betroffenen in die Beständigkeit des zu beseitigenden rechtmäßigen Verwaltungsaktes nicht zu schützen ist,
 - a) weil²⁾
 - aa) der Betroffene in die Beseitigung einwilligt,
 - bb) die Beseitigung für den Betroffenen sonst günstig ist,
 - cc) der zu beseitigende Verwaltungsakt durch unlautere Mittel, wie unwiderstehlichen Zwang, arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung herbeigeführt oder erschlichen worden ist,
 - b) weil
 - der Betroffene mit der Beseitigung des begünstigenden Verwaltungsaktes hat rechnen müssen, nämlich
 - aa) wenn dem Verwaltungsakt zulässigerweise ein Vorbehalt beigelegt worden war,
 - bb) wenn die Voraussetzungen, welche eine Begünstigung gerechtfertigt haben, entfallen sind,
 - cc) oder wenn der Betroffene die mit der Erteilung des beseitigten begünstigenden Verwaltungsaktes verbundenen besonderen Pflichten nicht erfüllt.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auf die subsidiäre Geltung genereller Bestimmungen in Landesgesetzen hinzuweisen. Hier seien beispielsweise § 31 nds. SOG und § 24 nrw.OBG erwähnt, die die Rücknahme fehlerhaft gewordener Verwaltungsakte zum Gegenstand haben. Beide Bestimmungen, die auf § 42 pr. PVG zurückgehen, beinhalten folgendes:

- - - - -

- 1) Nach H. J. Wolff: Widerruf = Beseitigung mit ex nunc Wirkung.
- 2) Diese vom Preußischen und Sächsischen Oberverwaltungsgericht entwickelten, allgemeinen Rechtsgrundsätze wurden vom Gesetzgeber weitgehend übernommen und fanden ihren Niederschlag zunächst in § 42 pr. PVG und später in den noch geltenden landesgesetzlichen Regelungen wie beispielsweise § 31 SOG oder § 24 nrw. OBG.

Eine polizeiliche Erlaubnis kann zurückgenommen werden, wenn

- a) die Erteilung dem bestehenden Recht widersprach und widerspricht,
- b) die Erteilung auf Grund von Angaben des Antragstellers erfolgt ist, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren,
- c) und soweit im Falle einer Änderung des bestehenden Rechts von der Erlaubnis noch nicht Gebrauch gemacht worden ist und Tatsachen vorliegen, die nach dem neuen Recht die Versagung rechtfertigen würden,
- d) Tatsachen nachträglich eintreten oder, abgesehen von dem Fall b) der Polizeibehörde nachträglich bekannt werden, die die Polizeibehörde zur Versagung berechtigt haben würden, sofern ohne die Zurücknahme im einzelnen Falle eine konkrete polizeiliche Gefahr eintreten würde.

Diese gesetzlich vorgesehenen Rücknahmegründe beziehen sich auf begünstigende, aber mangelhaft gewordene Verwaltungsakte, die an sich für diese Abhandlung nicht von Bedeutung sind. Sie werden aber deshalb hier in Betracht gezogen, weil die im § 42 pr. PVG gegebene Regelung von Rechtsprechung und Literatur sowie der Gesetzgebung als anerkannt maßgebliche Grundlegung der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte angesehen und auch auf Rechtsgebieten angewandt wird, in denen gesetzliche Normen hierüber entweder gänzlich oder teilweise oder in dieser Auswirkung fehlen¹⁾²⁾. Dabei zeigt sich, daß zum Beispiel §§ 31 nds. SOG und 24 nrw. OBG in ihrer Ausgestaltung (im Falle c) weiter gehen als die hier bereits angesprochenen §§ 78 GüKG und 25 PBefG³⁾, wobei allerdings einschränkend gesagt werden muß, daß der Betroffene von der polizeilichen Erlaubnis noch nicht Gebrauch

- - - - -

1) Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage 1961, S. 321.

2) Oberverwaltungsgericht Münster, Amtl. Sammlung, Bd. 11, 225 ff.

3) Vgl. Seite 129.

gemacht hat, d.h., sie noch nicht ins Werk gesetzt oder ausgeübt hat. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Fälle c) und d), weil sie auf Grund des erhöhten Vertrauensschutzes eine Entschädigungspflicht der Behörde rechtfertigen (§§ 40 II nds.SOG und 45 nrw.OBG). Die Entschädigung beschränkt sich auf diese Fälle, da das Verhalten des Betroffenen weder ur-sächlich noch schuldhaft gewesen ist. Diese spezialgesetzlich geregelten Tatbestände (andere sind z.B. Gewährung einer Entschädigung bei Schutzmaßnahmen gegen Krankheit (§§ 49 - 61 BSeuG) oder bei Viehseuchenverlusten (§ 6 ff ViehseuG)) werden von der Rechtsprechung nicht als Aufopferungsansprüche i. S. von § 40 II VwGO angesehen und sind daher nicht wie diese vor den ordentlichen, sondern vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Die Ansprüche sind deshalb nicht auf Ent-eignungsentschädigung (nach Art. 14 Abs. 3 GG) gerichtet, sondern sie sind Ausfluß des allgemeinen Aufopferungsgedan-kens¹⁾. Es besteht somit auch kein Raum für eine Anspruchs-konkurrenz.

2) Widerruf eines fehlerfreien Verwaltungsaktes auf Grund
überwiegender öffentlicher Interessen

Fehlt es an einer ordentlichen Widerrufsermächtigung auf gesetzlicher Grundlage oder versagen die oben en-¹⁾kelten Grundsätze, so wird gelegentlich das überwiegende öffentliche Interesse am Widerruf als selbständiger, außerordentlicher Widerrufsgrund in Anspruch genommen.

An dieser Stelle sei vorab nur vermerkt, daß es eine zusätzliche Widerrufsermächtigung aus überwiegendem öffent-lichen Interesse, die sich über das Fehlen anderer ordent-licher, insbesondere gesetzlicher Widerrufsgründe hinwegsetzt, nicht gibt. An anderer Stelle²⁾ wird darauf im Zusammenhang

1) H. J. Wolff, a. a. O., § 60 I, S. 365.

2) Vgl. Seite 175.

mit speziellen Fragen der Enteignung noch zurückzukommen sein.

IV. Die Beeinträchtigung der Betriebserlaubnis

Sooft der Widerruf der Verwaltungsakte entweder gesetzlich festgelegt oder für den Widerruf allgemeine Grundsätze entwickelt worden sind, so wenig ist - was in der Natur der Sache liegt - für die Beeinträchtigung einer Erlaubnis nach dem Gewerberecht eine Widerrufungsmöglichkeit bestimmt worden. Da die Beeinträchtigungen durch staatliche Verwaltungsträger - und nur sie sind im Rahmen einer Enteignung von Interesse - in solcher Vielfalt erfolgen können, daß eine Kodifizierung bezüglich eines Ausschlusses oder der Zulässigkeit kaum möglich ist, so vermag zunächst jener allgemeine Rechtsgrundsatz ein Richtmaß zu geben, der besagt, daß die Beeinträchtigung der Folgen des begünstigenden Verwaltungsakts entweder durch Gesetz oder durch einen auf einem Gesetz beruhenden Verwaltungsakt erfolgen muß, wenn sie rechtmäßig sein soll. Wieweit darin eine enteignende Maßnahme liegt, kann nur im Einzelfall entschieden werden, ebenso, wie nur von Fall zu Fall entschieden werden kann, wann der Widerruf einer Genehmigung eine Enteignung ist. Das wird im letzten Teil der Abhandlung als Kernproblem untersucht werden.

Teil B: Aufhebung oder Widerruf und Beeinträchtigung der Verkehrsbetriebsgenehmigungen als Enteignung

I. Allgemeine Voraussetzungen der Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG

Wenn die Aufhebung oder der Widerruf der Genehmigungen eine Enteignung darstellen, so ist der Staat zur Entschädigung verpflichtet. Für die nähere Prüfung spielt beim Widerruf von Verwaltungsakten, insbesondere von Genehmigungen aus dem Gewerberecht, die Unterscheidung zwischen Enteignung und Eigentumsbindung eine große, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle.

Damit der Widerruf eine Enteignungsentschädigung auslöst, muß er sich zunächst auf ein enteignungsfähiges Eigentumsrecht beziehen. Für die obengenannten Betriebsgenehmigungen ist der Nachweis eines enteignungsfähigen, vermögenswerten Rechtes bereits im ersten Teil der Untersuchung geführt worden.

Dieser Nachweis, daß der Widerruf überhaupt in Eigentum eingreift, ist leichter zu erbringen, als der, daß der Widerruf eine Enteignung darstellt; denn das hängt gerade beim Widerruf von Verwaltungsakten in erster Linie von der oft schwierigen Unterscheidung zwischen der entschädigungspflichtigen Enteignung (Opfer erbringen unter Hintansetzung des Gleichheitsgrundsatzes) und der entschädigungslosen Eigentumsbeschränkung ab. Eine rechtmäßige Enteignung liegt neben den von der Rechtsprechung im einzelnen aufgestellten und insoweit schon hier dargelegten Erfordernissen erst dann vor, wenn die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG erfüllt sind, d. h., wenn der staatliche Eingriff nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage erfolgt (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 und 2 GG).

II. Kasuistik der Enteignungsmöglichkeiten von Verkehrs- betriebsgenehmigungen durch Aufhebung oder Widerruf

1. Entziehung der Genehmigung vor ihrer Ausübung

Die Tatsache, daß die Betriebserlaubnis nach dem PBefG und dem GüKG eine echte Konzession im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechtes darstellt und Voraussetzung für die Aufnahme des Gewerbebetriebes ist und deshalb für den Inhaber von Vermögenswert ist, begründet für sich allein noch nicht den Eigentumsbegriff¹⁾. Diese Berechtigungen allein im Zeit-

- - - - -

1) Vgl. Seiten 94 und 95 bis 96.

punkt der Erteilung sind noch nicht eigentumsrechtlich relevant, sondern nur vermögenswerte Chancen, bis die Berechtigung verwirklicht ist, d.h., der Inhaber von ihr Gebrauch gemacht hat. Die bloßen Genehmigungen dieser Art stehen deshalb außerhalb des Eigentumsschutzes und ihr Widerruf kann deshalb niemals Enteignung sein.

2. Einstellung eines genehmigungspflichtigen, nicht genehmigten Gewerbebetriebes und Widerruf eines erschlichenen Verwaltungsaktes

Daß andererseits ins Werk gesetzte Vermögenspositionen öffentlichen Rechtes nur dann Eigentum im Sinne der Verfassung sein können, wenn sie in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung erworben worden sind, ist selbstverständlich. Die Einstellung eines genehmigungspflichtigen, aber nicht genehmigten Betriebes durch die Verwaltung löst keine staatlichen Entschädigungspflichten aus¹⁾. Das Inswerksetzen einer durch Täuschung erlangten gewerberechtlichen Erlaubnis, und damit eines fehlerhaften Verwaltungsaktes, ersetzt nicht die notwendige Nachholung der erforderlichen richtigen Angaben für die Erlaubniserteilung, so daß insoweit die Entziehung eines subjektiven öffentlichen Rechtes mit einer Enteignung nach Artikel 14 Abs. 3 GG nichts zu tun hat²⁾.

3. Aufhebung der Verkehrsbetriebserlaubnis aus gesetzlichen Gründen

Wie bereits ausgeführt³⁾, ist der Widerruf für den Fall des Eintritts gewisser vom Gesetz selbst vorgesehener Umstände zulässig.

- - - - -

1) Haas, aaO, S. 37; S. 37; BGH in VwRspr. 9, 344; 12, 834 (Einstellung des genehmigungspflichtigen, nicht genehmigten, jedoch ausgeübten Gastwirtschaftsbetriebes ist keine Enteignung).

2) Haas, aaO, S. 37.

3) Vgl. S. 162.

Diese Widerrufsmöglichkeiten sind für die Genehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz im § 25 und nach dem Güterkraftverkehrsgesetz im § 78 gesetzlich festgelegt worden. Zwar wird in diesen vom Gesetz vorgesehenen Fällen bei Ausübung des Widerrufs auf das härteste in den Gewerbebetrieb eingegriffen; denn mit der Entziehung des Rechtes muß der Betrieb eingestellt werden. Gleichwohl stellt der Widerruf keine Enteignung dar.

Nach § 25 PBefG kann die Genehmigung durch die Zulassungsbehörde zurückgenommen werden, wenn der Unternehmer den ihm nach dem PBefG obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommt oder die Bedingungen, die ihm mit der Erteilung der Genehmigung auferlegt wurden, nicht erfüllt, oder wenn andere Umstände eintreten, die die Zuverlässigkeit des Unternehmers oder die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebes nicht mehr gewährleistet erscheinen lassen.

Auch § 78 Abs. 1 (Mußvorschrift) und Abs. 2 (Kannvorschrift) GüKG regeln den Widerruf lediglich für den Fall, in dem der Unternehmer aus persönlichen Gründen, also aus Umständen, die in seiner Person begründet liegen, durch eigenes Verschulden nicht mehr in der Lage ist, das Unternehmen so zu führen, daß kein Schaden für die Arbeitnehmer oder den öffentlichen Verkehr eintritt.

Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die genannten Rücknahmegründe nach Erteilung der Genehmigung eintreten oder schon vorher gegeben waren¹⁾.

Das Versagen in der eigenen Person des Unternehmers ist der Polizeipflichtigkeit im allgemeinen gleichzusetzen. Polizeiliche Eingriffe sind keine Enteignung, weil bei ihnen der Betroffene selbst oder die Beschaffenheit des Eigentumsobjektes

- - - - -
1) Vgl. Urteil des OVG Rheinland-Pfalz v. 11.12.1951, AS. Bd. 2, S. 106 (107).

zum Eingriff Veranlassung gegeben haben. Die Genehmigungsinhaber nach dem PBefG und dem GüKG haben gegenüber dem Staat direkt auf dem Gesetz beruhende oder aus der Urkunde sich ergebende Pflichten zu erfüllen, bei deren Verletzung auf eine Entschädigung kein Anspruch besteht.

Diese gegenüber allen Genehmigungsinhabern gleichmäßig bestehenden Verpflichtungen, bei deren Verletzung die Entziehung der Genehmigungen für alle Inhaber gleichmäßig durch gesetzliche Regelung erfolgt, ist eine entschädigungslose zulässige Beschränkung des Eigentums, die aus Gründen des öffentlichen Wohles verlangt werden muß, um Gefahren für die Allgemeinheit abzuwenden. Durch diese gesetzliche Regelung wird niemandem ein Sonderopfer auferlegt, sondern von ihr werden alle Genehmigungsinhaber gleichmäßig betroffen. Die in den § 25 PBefG und § 78 GüKG getroffenen Regelungen sind vielmehr der betroffenen Gattung von Rechten allgemein und dem Wesen der betroffenen Rechte im besonderen eigentümlich.

4. Der auf Grund falscher Anwendung der Gesetze erfolgte rechtswidrige Widerruf

Die behördlichen Widerrufsmaßnahmen stützen sich formell auf § 25 PBefG oder § 78 GüKG. Bei der Überprüfung des erlassenen Verwaltungsaktes (Widerrufes) durch die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht stellt sich heraus, daß die Verwaltungsbehörde die Genehmigung aus irgendwelchen Gründen nicht hätte zurücknehmen dürfen, sei es, daß dem entscheidenden Beamten ein Irrtum unterlief oder das Gesetz falsch angewendet wurde, sei es, daß die tatsächlichen Verhältnisse in Wirklichkeit nicht geeignet waren, objektiv die Rücknahme der Genehmigung zu rechtfertigen, und daß sie mit den von dem handelnden Beamten vorgestellten Verhältnissen nicht übereinstimmten.

Die Rücknahme der Genehmigung ist dann rechtswidrig, wenn sie materiell ohne gesetzliche Grundlage erfolgte. Eine Enteignung kann deshalb auch nicht gegeben sein, weil die Entziehung des Rechtes objektiv rechtswidrig war.

Da aber sonst (also mit Ausnahme der Rechtmäßigkeit des behördlichen Eingriffs) alle Voraussetzungen einer Enteignung vorliegen, ist der Staat aus dem Gesichtspunkt des enteignungs- gleichen Eingriffs, der nach der Rechtsprechung des BGH einer rechtmäßigen Enteignung gleichgesetzt wird, zur Entschädigung verpflichtet¹⁾. Denn von dem Betroffenen wird ein Opfer verlangt, das den einzelnen Berechtigten allein trifft, und das darin liegen kann, daß er den Betrieb zwischenzeitlich nicht ausüben konnte. Dieser Eingriff in das Recht des einzelnen geht über den allgemeinen Rahmen einer Eigentumsbindung hinaus.

5. Der Widerruf einer Verkehrsbetriebserlaubnis ohne gesetzliche Grundlage

Diesen Fällen der falschen Anwendung der Gesetze gleich zu achten sind die Aufhebung und der Widerruf der Betriebserlaubnis ohne gesetzliche Grundlage.

Schon aus den Ausführungen über die Möglichkeit des Widerrufs von Betriebsberechtigungen²⁾ geht hervor, daß dieser grundsätzlich ausgeschlossen ist. Insbesondere wird aber aus den vorhergehenden Darlegungen deutlich³⁾, daß, wenn das Gesetz den Widerruf für den Fall des Vorliegens bestimmter, einzeln aufgeführter Tatbestände zuläßt, es damit gleichzeitig zum Ausdruck bringt, daß der Widerruf dann in anderen, nicht durch gesetzliche Vorschrift geregelten Fällen ausgeschlossen ist.

1) BGHZ 6, S. 270 ff.

2) Vgl. S. 160 u. 161.

3) Vgl. S. 159 ff. (161 u. 162).

Die Rücknahmegründe nach § 25 PBefG und § 78 GüKG sind
- nach heute wohl einhelliger Auffassung - erschöpfend und
schließen jegliche Rücknahmemöglichkeit über diesen Rahmen
hinaus aus¹⁾.

Bereits die Aufzählung der einzelnen Gründe ergibt, daß sie erschöpfend ist; denn die Rücknahme von Verwaltungsakten ist nur für wenige Tatbestände kodifiziert worden.

Daß sie ausschließlichen Charakter hat, folgt auch aus dem Umstand, daß die Aufzählung in der Neufassung des PBefG vom 6. Dezember 1937 bereits gegenüber der in der früheren Fassung vom 4. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1217) erweitert worden ist²⁾. Das gilt noch mehr seit Inkrafttreten des Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961, das - im Gegensatz zu § 13 PBefG 1934 - im § 25 in Anlehnung an § 78 GüKG neben allgemeinen Grundsätzen auch einzelne Rücknahmetatbestände aufstellte, deren Anwendung teils zwingend vorgeschrieben, teils fakultativ ist.

Die Vorschrift des § 25 Abs. 2 Ziff. 3, wonach die Genehmigung auch zurückgenommen werden kann, wenn der Unternehmer seinen arbeitsrechtlichen, sozialrechtlichen oder steuerrechtlichen Verpflichtungen wiederholt nicht nachkommt, steht dieser Auffassung nicht entgegen, sondern spricht dafür; denn es handelt sich dabei lediglich um einen Fall der Unzuverlässigkeit des Unternehmers.

Ein Widerruf der Genehmigungen über diesen durch das Gesetz gesteckten Rahmen hinaus ist deshalb nicht möglich. Ergeht trotzdem ein Widerruf, so geschieht das ohne gesetzliche Grundlage. Er ist somit rechtswidrig und stellt entsprechend den

- - - - -

1) Urteile des OVG Rhld.-Pfalz v. 11.12.1951, A.S.Bd. 2 S.106 ff und vom 18.11.1952, A.S.Bd.2, S.120 ff;
Müller, Straßenverkehrsrecht, 1957, zu § 13 PBefG, Anm.2, S. 1023; Oppelt, Das Personenbeförderungsgesetz, 1954, zu § 13.

2) Müller, aaO, Anm. 2 zu § 13 PBefG; Urteil d. OVG Rhld.-Pfalz v.11.12.1951, A.S. Bd.2, S. 106 ff.

unter 4) entwickelten Grundsätzen¹⁾ einen entschädigungspflichtigen, enteignungsgleichen Eingriff dar.

6. Widerruf der Genehmigungen bei nachträglicher
Änderung der Verhältnisse

Einer besonderen Erörterung bedarf der Fall der Aufhebung oder des Widerrufs der Genehmigung bei nachträglicher Änderung der Verhältnisse, insbesondere, wenn diese veränderten Verhältnisse den Widerruf aus überwiegendem öffentlichen Interesse gebieten.

Da die Rücknahmegründe des § 25 PBefG und § 78 GüKG erschöpfend sind, berechtigt eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse nur unter den Voraussetzungen dieser Bestimmungen zum Widerruf der erteilten gültigen Genehmigungen.

Es sind nur subjektive, also persönliche Gründe, die einen Widerruf der Genehmigungen zulassen. Die Bestimmungen der §§ 13 und 25 PBefG decken sich insoweit mit den Vorschriften der §§ 10 und 78 GüKG.

Das weitere, objektive, von der Person des Antragstellers unabhängige Erfordernis im § 13 Abs. 2 Ziff. 2 PBefG, daß das zu beantragende Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderlaufen darf, findet sich im § 25 PBefG nicht. Das gleiche gilt für § 10 Abs. 3 GüKG im Hinblick auf die Rücknahmegründe des § 78 GüKG.

Dieses Erfordernis gilt nur für die Erteilung der Genehmigung und ist allein bei der Prüfung über die Entscheidung, ob die Genehmigung erteilt werden soll oder nicht, von Bedeutung. § 13 PBefG ist die Bestimmung, die nur Maßstäbe für die Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung gibt. Da diese für die Erteilung maßgebliche Voraussetzung in dem Katalog der Rücknahmetatbestände des § 25 PBefG und § 78 GüKG nicht aufgeführt ist, muß daraus geschlossen werden, daß einem einmal genehmigten Unternehmen, wenn es nach Erteilung der Genehmigung

- - - - -

1) Vgl. S. 169 u. 170.

den öffentlichen Interessen zuwiderläuft, die Genehmigung nicht entzogen werden kann.

Mithin gibt die Tatsache, daß während der Geltungsdauer einer Genehmigung das öffentliche Verkehrsbedürfnis, das bei der Erteilung der Genehmigung gegeben war, sich inzwischen geändert hat oder auch ganz weggefallen ist, der Genehmigungsbehörde keine Möglichkeit, die Genehmigung zu entziehen¹⁾. Der Wegfall oder die Verminderung des Verkehrsbedürfnisses müssen sich während der Laufzeit der Konzession ergeben und gelangen der Zulassungsbehörde auch erst in diesem Zeitraum zur Kenntnis. Der Grund hierfür kann beispielsweise daran liegen, daß eine Verlagerung der Transporte auf einen bestehenden und tätigen Verkehrsträger anderer Art eingetreten ist oder sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem bestimmten örtlichen oder regionalen Bereich so geändert haben, daß ein betriebener Kraftverkehr nicht mehr ausreichend angenommen wird. Insgesamt gesehen handelt es sich um jene Fälle, in denen eine mangelnde ausreichende Nachfrage zu verzeichnen ist. Es besteht dann allerdings auch kein wirtschaftlicher Grund mehr, der den Unternehmer zur Aufrechterhaltung seines Betriebes bestimmen könnte.

Widerruft somit die Zulassungsbehörde aus öffentlichen Gründen die Genehmigung, weil das genehmigte Unternehmen in sachlicher Hinsicht dem öffentlichen Verkehrsbedürfnis nicht mehr entspricht, ihm unter Umständen sogar zuwiderläuft, so ist sie ohne rechtlichen Grund gegen den Unternehmer vorgegangen. Da die Rücknahme der Genehmigung ohne Rechtsgrundlage erfolgte, ist der staatliche Eingriff rechtswidrig und verpflichtet den Staat aus enteignungsgleichem Eingriff zur Entschädigung²⁾

Im Gegensatz zu diesen Fällen, in denen kein Verkehrsbedürfnis mehr besteht, oder es sich verringert hat, sind heute mehr denn

- - - - -

1) Vgl. Bescheid des Bay.VGH. v. 10. 4. 1952, A.S. Bd. 5, NF(1952), Nr. 19, S. 91 ff. (S 95); Urteil d. OVG Rhld-Pfalz v. 18. 11. 1952, A.S. Bd. 2, S. 120 ff; Müller, aaO, 1957, Anm. 4 zu § 13, S. 1023.

2) Vgl. insoweit Teil B, II 4 S. 170.

je jene veränderten Verhältnisse von Bedeutung, in denen das Verkehrsbedürfnis mit den vorhandenen Verkehrsmitteln nicht mehr befriedigend bedient werden kann.

Hierzu bedarf es einiger tatsächlicher Ausführungen, die Sachlage zu erläutern:

In diesem Bereich stehen die kommunalen Körperschaften, zu deren Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge eine verkehrsmäßige Erfassung und Befriedigung der Stadt- und Landgebiete gehört, und die öffentlichen Verkehrsbetriebe den Privatunternehmern gegenüber, die den Linienverkehr mit Omnibussen betreiben. Sie bemühen sich, die nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 in großer Zahl den Privatunternehmern verliehenen Linienverkehrsgenehmigungen abzukaufen oder auf die Entziehung dieser Genehmigungen hinzuwirken.

Nicht interessiert hier der Fall, daß sich die kommunalen Körperschaften nach Ablauf der Genehmigungen des Privatunternehmers um die Übernahme der Linien im ordentlichen Genehmigungsverfahren mit dem Altunternehmer bemühen. Es geht insoweit nur um die Übernahme der Linie während der Laufzeit der Genehmigung des Privatunternehmers.

Dabei stützen sich die kommunalen Körperschaften darauf, daß die Privatunternehmer, denen der Linienverkehr für einen oder eine beschränkte, meist kleine Zahl von Omnibussen genehmigt worden ist, dem heutigen immer mehr ansteigenden Verkehrsbedürfnis nicht mehr gewachsen sind, und daß sie andererseits auch nicht gewillt und im Hinblick auf die Konkurrenz auch weitgehend nicht in der Lage sind, ihr Unternehmen insbesondere durch Anschaffung von weiteren neuen Omnibussen zu erweitern und dem öffentlichen Verkehrsbedürfnis anzupassen.

Hier dringen die kommunalen Körperschaften, schon um eine unliebsame Konkurrenz loszuwerden, auf Entziehung der Genehmigungen, wobei sie sich andererseits gegenüber der Genehmigungs-

behörde verpflichten, jede erforderliche Anzahl von Fahrzeugen zur Befriedigung des öffentlichen Verkehrs einzusetzen, was ihnen ihre Finanzkraft auch erlaubt.

Es darf nicht übersehen werden, daß die kommunalen Verkehrsbetriebe den öffentlichen Interessen in manchen Fällen mehr dienen können als ein Privatbetrieb. Das geht schon daraus hervor, daß ihr Streben zumindest nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung gerichtet ist, was auch nicht ihre Aufgabe ist, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß sie sich rentieren sollen.

Eine Entziehung der Genehmigung und Verleihung des Rechtes auf kommunale Betriebe könnte also gegebenenfalls durchaus im öffentlichen Interesse liegen.

Gleichwohl wäre eine Entziehung der Genehmigung unter diesen Umständen rechtswidrig und würde den Staat aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs zur Entschädigung verpflichten.

Selbst wenn erwiesen ist, daß das genehmigte Unternehmen den Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln nicht befriedigend bedienen kann, ist ein Widerruf der Genehmigung nicht gerechtfertigt, da er durch § 25 PBefG nicht gedeckt wird. Der Unternehmer kann in solchen Fällen die Zulassung eines zweiten Omnibusses beantragen oder anstelle eines normalen Autobusses einen Gelenkbus betreiben. Wenn der Verkehr dann noch nicht befriedigend bedient werden sollte, verbleibt der Zulassungsbehörde immer noch die Genehmigung zum Betriebe einer zweiten Linie.

Wenn aber der Verkehr nicht befriedigend bedient werden kann, kann schon gar nicht davon die Rede sein, daß ein genehmigtes Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs im Sinne des § 13 Abs. 2 Ziff. 2 PBefG zuwiderläuft, denn wenn ein neu beantragtes Unternehmen nur dann den Interessen des öffentlichen Verkehrs zuwiderläuft, wenn

- 1) der Verkehr bereits befriedigend bedient wird (Buchst. a),
- 2) eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung nicht eintritt (Buchstabe b) und
- 3) eine notwendige Ausgestaltung durch die bereits zugelassenen Unternehmer nicht möglich ist (Buchstabe c),

kann ein genehmigtes und betriebenes Unternehmen dann niemals im Sinne dieser Vorschriften den Interessen des öffentlichen Verkehrs zuwiderlaufen.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Genehmigungsinhaber des betriebenen Unternehmens nicht gewillt oder nicht in der Lage ist, seine Linie auszubauen. Er hat nur für die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des genehmigten Unternehmens einzustehen. Die Voraussetzungen für die Sicherheit und Leistungsfähigkeit werden bestimmt durch § 13 Abs. 1 Ziff. 1 PBefG. Sicherheit und Leistungsfähigkeit hängen danach nicht von der Erzielung eines bestimmten Durchschnittseinkommens ab, sondern davon, ob der Unternehmer gewillt und wirtschaftlich in der Lage ist, seine Verpflichtungen zu erfüllen¹⁾.

Diese Verpflichtungen sind im Rahmen der ihm erteilten Genehmigung zu erfüllen. Erst und nur wenn er diesen Verpflichtungen nicht nachkommt, ist der Widerruf nach § 25 PBefG wegen fehlender Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Unternehmens zulässig.

Eine Rücknahme der Genehmigung aus den oben erwähnten Gründen "zugunsten" der kommunalen Körperschaften ist unzulässig und rechtswidrig und würde einen unzulässigen Eingriff in das Eigentum des Genehmigungsinhabers im Sinne einer Enteignung aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs bedeuten.

Der Gesetzgeber schafft hier den einzig möglichen Ausgleich, den es gibt. Er gestattet die Verleihung eines neuen Rechts zum Betriebe des Linienverkehrs an einen weiteren Rechtsträger.

- - - - -

1) BVG v. 13.1.1955, VRS Bd. 9, S. 156.

7. Widerruf der Genehmigungen aus überwiegendem öffentlichen Interesse

Fehlt es an einer ordentlichen, d.h. gesetzlichen Widerrufsermächtigung, so wird gelegentlich das überwiegende öffentliche Interesse am Widerruf als selbständiger, außerordentlicher Widerrufsgrund in Anspruch genommen.

Eine solche zusätzliche Widerrufsermächtigung aus überwiegendem öffentlichen Interesse, die sich über das Fehlen anderer ordentlicher, insbesondere gesetzlicher Widerrufsgründe hinwegsetzt, gibt es nicht¹⁾. Auch das dringendste öffentliche Interesse reicht allein nicht zum Widerruf und damit zur Beseitigung einer Rechtsstellung aus. Ein Verwaltungsakt kann nur auf Grund allgemeiner Eingriffsnormen, wie z.B. des Bundesleistungsgesetzes oder anderer Enteignungsgesetze gegen Entschädigung widerrufen werden. Auch der Widerruf, der eine Enteignung beinhaltet und zu einer Entschädigung verpflichtet, setzt voraus, daß er auf gesetzlicher Grundlage erfolgt.

Nach Ipsen²⁾ spricht zwar für die Annahme eines außerordentlichen Widerrufsgrundes wegen überwiegend öffentlichen Interesse die Überlegung, daß der Garantie des Rechtsstaates auch dann genügt wird, wenn für gesetzlich unzulässige Eingriffe der Verwaltung Entschädigung geleistet würde. Das gilt wohl insbesondere heute für den enteignungsgleichen Eingriff.

In diesem Zusammenhang ist noch darauf einzugehen, inwieweit ein öffentliches Interesse an der Aufhebung oder Beeinträchtigung der Genehmigungen aus polizeilichen Gründen besteht, ein Interesse, das die kommunalen Ordnungsbehörden haben können, die materiell-polizeiliche, gesetzlich übertragene Pflichtaufgaben wahrnehmen.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß ein Widerruf von Verkehrsbetriebsgenehmigungen nur in den streng gesetzlich geregelten Fällen möglich ist³⁾.

1) Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, aaO; S. 168;
H. J. Wolf, aaO, § 53 III, S. 323.

2) aaO, S. 168.

3) Vgl. Seite 129

Sofern die Ordnungsbehörden sonst aus polizeilichen Gründen, d.h. zur Gefahrenabwehr, durch Erlaß einer neuen Ordnungsverfügung in bestehende öffentlich-rechtliche Besitzstände eingreifen, kann eine entschädigungspflichtige Enteignung nicht gegeben sein. Die Beschränkung in der Ausübung des Gewerbes liegt dann in der Unzulänglichkeit der Person des Unternehmers oder in den Mängeln an den Kraftfahrzeugen, mit denen das Unternehmen geführt wird, begründet. Das Tätigwerden der Ordnungsbehörden gegen den polizeilichen Störer bedeutet eine zulässige Eigentumsbindung im Sinne des Art. 14 GG, die eine Entschädigung nicht auslösen kann.

Anders verhält es sich dagegen bei der nachträglichen Einschränkung einer Genehmigung aus polizeilichen Gründen nach § 24 nrw.OBG oder § 31 nds.SOG, die auf § 42 Pr.PVG zurückgehen und von der Rechtsprechung und vom Gesetzgeber als maßgebliche Grundlage der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte anerkannt werden, und zwar auch auf Rechtsgebieten, in denen gesetzliche Normen hierfür fehlen¹⁾. Die Widerrufsfälle zu c) und d) in den §§ 24 nrw.OBG und 31 nds.SOG begründen einen Entschädigungsanspruch, der sich jedoch nicht aus Art. 14 GG ableiten läßt²⁾.

Ein etwaig vorhandenes, sonstiges öffentliches Interesse an der Aufhebung der Genehmigung mag noch so groß sein; zu einer Rücknahme der Genehmigungen besteht jedoch kein Anlaß. Erfolgt die Rücknahme trotzdem, ist der Staat aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs zur Entschädigung verpflichtet, weil der Eingriff ohne rechtliche Grundlage erfolgt ist.

- - - - -

1) Vgl. Seite 163.

2) Vgl. Seite 163 u. 1964.

8. Widerruf von Genehmigungen durch Erlaß neuer Gesetze

Nach den bisherigen Erörterungen versteht es sich von selbst, daß der Erlaß neuer Gesetze, die den Entzug bestehender gültiger Genehmigungen vorsehen, eine Enteignung bewirkt, für die die Genehmigungsinhaber zu entschädigen sind. Diese Gesetze müssen dann allerdings dem Art. 14 Abs. 3 GG entsprechen. Danach muß einmal die enteignende Maßnahme dem Wohl der Allgemeinheit dienen (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG), d.h. im Hinblick auf einen konkreten Zweck müssen überwiegende Vorteile für die Öffentlichkeit erstrebt werden. Die Enteignung darf weiterhin nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung regelt (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG - Junktim-Klausel). Nach Erfüllung dieser Voraussetzungen wird mithin rechtmäßig das Eigentum des Genehmigungsinhabers eingegriffen und dieser wird gegenüber anderen ungleich unter Verletzung des Gleichheitssatzes belastet.

Nach Art. 14 Abs. 3 GG wird die entschädigungslose Enteignung ausgeschlossen. Die Entschädigungsregelung ist damit zwingende Gültigkeitsvoraussetzung. Ein Verstoß gegen die Junktim-Klausel macht das Gesetz verfassungswidrig und nichtig. Enteignungen, die auf Grund eines solchen Gesetzes durch Verwaltungsakte vorgenommen werden, sind mangels gültiger Rechtsgrundlage fehlerhaft¹⁾. Eine Maßnahme, die auf Grund eines solchen Gesetzes vorgenommen wird, muß eine Entschädigung aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs zur Folge haben.

- - - - -

1) H. J. Wolff, a. a. O., § 62 IV, S. 383.

III. Kasuistik der Enteignungsmöglichkeiten von Verkehrs- betriebsgenehmigungen durch Beeinträchtigung

Die Enteignung oder der enteignungsgleiche Eingriff braucht nicht nur in der Form der Entziehung des Rechtes zu erfolgen, er kann ebenso gut in einer Beeinträchtigung des Rechtes liegen. Es genügt insoweit eine tatsächliche Behinderung des Rechtes oder eine Einwirkung auf das Recht. Es ist allerdings erforderlich, daß das zur Enteignung führende Verhalten der Behörde entweder unmittelbar in das Eigentum (Eigentumsrecht) eingreift oder rechtswidrig die Nutzung oder Verwertung des Eigentums behindert¹⁾.

Leicht zu bestimmen sind im Hinblick auf enteignende Maßnahmen Gesetze oder Verwaltungsakte, die den gänzlichen Entzug eines Rechtes vorsehen oder bewirken. Das gleiche gilt für Beschränkungen, die einem Rechtsverlust gleichkommen, weil die dem Eigentumsrecht anhaftende Substanz entzogen wird. Die Rechtsprechung²⁾ hat auch überzeugend dargetan, daß schon Eigentumsbeschränkungen oder -beeinträchtigungen Enteignungen darstellen können. Diese Beschränkungen und Beeinträchtigungen werden auch von der Wissenschaft als Enteignungen anerkannt³⁾. Schwierigkeiten bereitet hier allerdings die Abgrenzung zwischen (entschädigungsloser) Inhaltsbestimmung des Eigentums und (entschädigungspflichtiger) Enteignung⁴⁾.

Die Rechtsprechung hat auf dem Gebiete des Gewerberechts mehrere Entscheidungen im Hinblick auf die Beeinträchtigung einer Gewerbeerlaubnis getroffen, ohne daß in diesen Fällen das beeinträchtigte Recht entzogen worden war.

- - - - -
1) BGHZ 6, S. 270 ff (291); 17, 101/102.

2) BGHZ 6, S. 270 ff (291); 17, 101/102.

3) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 62 III S. 379.

4) Vgl. insoweit Seite 149.

Das Schornsteinfegerurteil des Bundesgerichtshofes vom 23. 4. 1956¹⁾ sah eine Beeinträchtigung der Rechtsposition des Bezirksschornsteinfegermeisters darin, daß, da für den Widerruf der Bestellung kein Grund vorgelegen habe, zu Unrecht ein zweiter Bezirksschornsteinfegermeister bestellt worden sei, so daß der erste in seinen Verdienstmöglichkeiten beeinträchtigt und im Verhältnis zu anderen ungleich belastet worden sei, weil grundsätzlich für jeden Kehrbezirk nur ein Bezirksschornsteinfegermeister bestellt werden darf.

1. Die Beeinträchtigung durch Erteilung neuer Genehmigungen

Die etwaige Beeinträchtigung des Altkonzessionärs durch Erteilung einer neuen Genehmigung an einen weiteren Unternehmer ist keine Enteignung. Dem steht das zitierte Schornsteinfegerurteil nicht entgegen; denn dort war gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen worden. Eine Enteignung ist selbst dann nicht gegeben, wenn sich nach der Erteilung der Genehmigung und der Inbetriebnahme des Personenbeförderungsunternehmens herausstellt, daß das neu beantragte Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs zuwiderläuft, weil es dem bereits vorhandenen Verkehrsunternehmen einen unbilligen Wettbewerb bereitet oder seiner dem öffentlichen Bedürfnis mehr entsprechenden Ausgestaltung vorgreift.

Das Gesetz verleiht mithin demjenigen, dem bereits eine Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz erteilt worden ist, zwar nicht einen Rechtsanspruch darauf, von ihr unter Ausschluß jeglicher Konkurrenz Gebrauch zu machen, sondern schützt ihn zunächst davor, daß ihm ein unbilliger Wettbewerb bereitet wird.

Ein unbilliger Wettbewerb ist etwa dann gegeben, wenn ein neu hinzugekommener Verkehrsträger einem vorhandenen Unternehmen etwa 1/4 seines Verkehrsaufkommens entzieht²⁾.

- - - - -
1) BGH in DÖV 1956, 574 = NJW 1956, 1109.

2) Vgl. LVG Düsseldorf v. 20. 12. 1954 bei Dietrich,
Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht,
Der Personenverkehr 1956, S. 84 ff.

Der unbillige - nicht der unlautere - Wettbewerb liegt schon dann vor, wenn das beantragte Unternehmen dem vorhandenen Unternehmen die Fahrgäste abziehen würde, ohne dadurch den Verkehr besser zu bedienen.

Für diesen Fall sieht das Gesetz bei Antragstellung auf Zulassung eines neuen Unternehmens den Schutz des vorhandenen Unternehmens durch die Möglichkeiten des Widerspruchs vor, wobei nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit deren Instanzenzug noch hinzukommt.

Derartige Schutzansprüche verleiht das Gesetz in erster Linie dem Verkehrsunternehmer im Linienverkehr, der im besonderen Maße schutzbedürftig ist, weil er für seine Verkehrseinrichtungen erhebliche finanzielle Werte vorhalten und kostenfordernde Leistungen erbringen muß.

Wenn trotzdem noch ein unbilliger Wettbewerb und eine Beeinträchtigung des Unternehmens eintritt, liegt auch bei wirtschaftlich wertender Betrachtungsweise eine Enteignung nicht vor. Abgesehen von der rechtspolitischen Überlegung, daß in anderen Grenzfällen die Genehmigungsbehörde aus Besorgnis vor der Entschädigungsverpflichtung kaum noch eine zweite Genehmigung erteilen würde, mit der Folge, daß die Verwaltung schwerlich noch ordnungsmäßig im Rahmen der Gesetze arbeiten könnte oder sogar insoweit blockiert würde, liegt keine Beeinträchtigung des Rechtes an sich vor.

Ein enteignungsgleicher Eingriff ist nur dann gegeben, wenn der Staat rechtswidrig in die Ausübung des betroffenen Rechtes eingreift und er sich insoweit selbst gegen den Betroffenen richtet. Bei unbilligem Wettbewerb dagegen richtet sich das staatliche Handeln nicht unmittelbar gegen den betroffenen Altunternehmer, sondern er erzeugt nur mittelbar nachteilige Wirkungen für den betroffenen Unternehmer, die sich auf sein Unternehmen auswirken.

Im übrigen handelt es sich um eine typische Eigentumsbindung und Eigentumsbeschränkung, wenn sich tatsächlich ein unbilliger Wettbewerb zeigt. Denn im Wesen des Genehmigungsverfahrens liegt diese Möglichkeit für Ausnahmefälle begründet, durch die alle Altkonzessionäre gleichmäßig betroffen werden können. Darüber hinaus wird dem Betroffenen durch den unbilligen Wettbewerb auch kein Sonderopfer auferlegt.

Die Rechtsprechung hat anerkannt, daß bei Verstößen gegen die genannten Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes den betroffenen Genehmigungsinhabern Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB gegen den unbilligen Wettbewerber zustehen¹⁾. Der betroffene Genehmigungsinhaber besitzt deshalb privatrechtliche Schadensersatzansprüche, durch die die Beeinträchtigung ausgeglichen werden kann und auf Grund derer er leicht auf den Neukonzessionär einwirken kann. Dies jedoch nicht dann, wenn der Neukonzessionär sich ohne Über- oder Unterschreitung der ihm durch die Konzession auferlegten Grenzen, z.B. auch hinsichtlich der Preise, betätigt.

2. Beeinträchtigung der Verkehrsbetriebsgenehmigungen durch den Erlaß neuer Gesetze

Eine Beeinträchtigung der erteilten Genehmigungen tritt vornehmlich beim Erlaß neuer gesetzlicher Bestimmungen durch den Staat ein.

Hier soll nun beispielhaft zum Ausdruck gebracht werden, welcher Art staatliche Eingriffe durch neue gesetzliche Bestimmungen sein können und wie aktuell die gesetzlichen Maßnahmen gerade auf dem Gebiete des Kraftverkehrs im Hinblick auf beeinträchtigende Eingriffe sind.

Bei der fortschreitenden Entwicklung im Straßenverkehr, insbesondere bei der schnell anwachsenden Zahl der Kraftfahrzeuge, der ein noch nicht befriedigend ausgebautes Straßennetz gegen-

- - - - -

1) Vgl. Oppelt, PBefG, 1954, § 9 Anm. 1, S. 55.

übersteht, und bei der scharfen Konkurrenz der Kraftfahrzeugunternehmer untereinander und der Bundesbahn und -post gegenüber, ist der Staat gehalten, auf dem Gebiete des Verkehrsgewerbes in verschiedener Weise regelnd einzugreifen. Hier sind staatliche Maßnahmen denkbar, die eine Überbeanspruchung der Straßensubstanz vermeiden oder die Rentabilität der Bundesbahn erhöhen sowie die Gefahren im Straßenverkehr vermindern sollen. Dieses staatliche, gesetzliche Regulativ beinhaltet einerseits den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes im öffentlichen Interesse, andererseits ist damit aber notwendigerweise ein Eingriff in die Rechtsposition eines anderen verbunden, der je nach Art und Stärke der Maßnahme eine Enteignung bewirken kann.

Inwieweit diese gesetzlichen Beeinträchtigungen für den Genehmigungsinhaber eine Enteignung oder eine Eigentumsbindung darstellen, sollen einige Beispiele zeigen, ohne daß damit ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden soll.

a) Verbot des Massengütertransports

Der Entwurf eines Straßenentlastungsgesetzes ist gemeinsam mit dem Entwurf des sogenannten Verkehrsfinanzgesetzes 1954 von der Bundesregierung durch Beschluß vom 31. März 1954 eingebracht und mit geringen Änderungsvorschlägen vom Bundesrat durch Beschluß vom 7. Mai 1954 gebilligt worden. Der Entwurf hat keine Gesetzeskraft erhalten.

Nach §§ 1 und 8 dieses Entwurfes durften Güter der in der Anlage zu diesem Entwurf bezeichneten Art im Güterfernverkehr und im Werkfernverkehr im Sinne des GüKG vom 17.10.1952 nicht mehr befördert werden.

Bei den Gütern, die unter Verwendung der Gütereinteilung des Reichskraftwagentarifs bestimmt waren, handelte es sich um Massengüter, so vor allem um Erde, Erze, Kohlen, Betonwaren u. a.

Vom Beförderungsverbot betroffen sein sollten der Güterfernverkehr im Sinne des § 3 GüKG, der gemäß § 8 Abs. 1 GüKG

genehmigungspflichtig ist, und der Werkfernverkehr im Sinne des § 48 GüKG. Die Beförderung von Massengütern sollte künftig außerhalb der Nahzone nur noch im Rahmen der Hoheitstätigkeit des Bundes, der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts zulässig sein.

Peters sah in der wirtschaftlichen Schlechterstellung der Güterfernverkehrsunternehmen keine Enteignung, weil die etwaige Schlechterstellung des Genehmigungsinhabers kein enteignungsfähiges Recht betrifft¹⁾, und (nach der Einzelaktstheorie) durch das Straßenentlastungsgesetz nur Inhalt und Schranken des als Eigentum aufgefaßten Gewerbebetriebes bestimmt werden²⁾.

Abgesehen davon, daß das Ergebnis der modifizierten Einzelaktstheorie des BGH widerspricht, konnte von einer Eigentumsbeschränkung nicht die Rede sein.

Es handelte sich hier vielmehr um die Belastung eines bestimmten, eng begrenzten Kreises von Unternehmern. Aus der großen Zahl der Verkehrsteilnehmer, zumindest aber aus dem Bereich des Güterkraftverkehrs - insbesondere, weil die öffentliche Hand ihre Betätigungsfreiheit in vollem Umfang behalten sollte -, sollten die betroffenen Unternehmer herausgenommen werden. Sie würden im Gegensatz zu dem sonstigen Verkehrsunternehmen mit einem besonderen Opfer belegt, das sie in ihrer Bewegungs- und Beschäftigungsfreiheit empfindlich einengen und einen finanziellen Ausfall zur Folge haben würde und sie unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ungleich belasten würde.

Da die Beeinträchtigungen durch das Gesetz erfolgen und diese Maßnahmen dem öffentlichen Wohle dienen sollten, nämlich eine Überbeanspruchung der Straßensubstanz und eine Untergrabung der Wirtschaftlichkeit der Bundesbahn zu vermeiden sowie eine

- - - - -

1) Peters, Rechtsgutachten, S. 38 ff (42).

2) Peters, Rechtsgutachten, S. 42.

Verminderung der Gefahren im Verkehr herbeizuführen, handelte es sich um rechtmäßige Eingriffe, für die der Staat entschädigungspflichtig gewesen wäre¹⁾.

Eingriffe des Staates auf Grund eines Gesetzes, und zwar solche, die zu Lasten einer bestimmten Gruppe zum Vorteil einer beschränkten Anzahl von Berechtigten ergehen, sind entschädigungspflichtige enteignungsgleiche Eingriffe, auch wenn sie im öffentlichen Interesse liegen, weil die Berechtigten durch sie mit einem Sonderopfer belegt werden und die ungleiche Behandlung finanzielle Verluste verursacht.

b) Beeinträchtigung der Personenbeförderungsgenehmigungen durch gesetzliche Sondervorschriften

Die erwähnten Rechtsfragen ergaben sich auch bei der Vorlage des Entwurfes eines neuen Personenbeförderungsgesetzes²⁾.

Das Gesetz sieht im § 2 eine Genehmigungspflicht für die Personenbeförderung mit Straßenbahnen, Obussen, mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr und im Gelegenheitsverkehr vor. Es enthält jedoch im Gegensatz zu den bis zum Inkrafttreten des PBefG geltenden Bestimmungen für jede dieser Gruppen Sondervorschriften, die allgemein eine größere Belastung für die Privatunternehmer gegenüber den öffentlichen Verkehrsträgern, insbesondere Bundesbahn und Bundespost, vorsehen und jene vor allem im Genehmigungsverfahren benachteiligen.

Nach § 16 in Verbindung mit §§ 38, 44 und 50 PBefG wird die Genehmigung auf Zeit erteilt. Das bedeutet, daß das Recht nur solange besteht, bis die Frist abläuft. Ob und nach welchem Recht eine neue Rechtsverleihung ergeht, hängt von der im Zeitpunkt der neuen Entscheidung bestehenden Rechts- und Gesetzeslage ab. Wenn das Recht nur für eine bestimmte

- - - - -

1) Ipsen, Rechtsgutachten, S. 49.

2) Personenbeförderungsgesetz v. 21.3.1961, BGBl. I, S. 241.

Frist gewährt wird, besteht es damit nur bis zu dem vorgesehenen Zeitpunkt. Das Gesetz respektiert dann auch die bestehenden Genehmigungen bis zum Ablauf der Frist.

Obschon nach der befristeten Zeit die nach altem Recht erteilte Genehmigung abgelaufen ist und durch die gesetzlichen Sondervorschriften gar nicht mehr belastet werden könnte, sieht Held¹⁾ darin eine Enteignung.

Man wird ihm nicht folgen können; denn ein enteignungsfähiges Recht wäre bei Ablauf der Genehmigungspflicht gar nicht mehr vorhanden gewesen.

Zwar darf das Eigentum nicht in der Weise ausgehöhlt werden, daß nur ein wertloses nudum ius übrig bleibt. Aber davon kann nicht die Rede sein; denn bis zum Ablauf der Befristung sichert das Personenbeförderungsgesetz sogar die bestehenden Rechte. Mit Ablauf der Frist endet das verliehene Betriebsrecht, wie sich aus der befristeten Genehmigung selbst einwandfrei ergibt. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Konzession im Zeitpunkt ihrer Erteilung nur für eine bestimmte Frist vorgesehen ist.

Eine andere Beurteilung ergibt sich allerdings dann, wenn die gesetzlichen Sonderschriften vor Ablauf der Frist in eine Konzession eingreifen. Der Staat ist zur Entschädigung verpflichtet wegen der Beeinträchtigung im einzelnen, ihres Ausmaßes und der Entschädigungsfolgen wird auf Abschnitt c) Seite 189 verwiesen.

Wenn auch der Gesetzgeber die durch langjährige Betriebsrechte und erhebliche Investitionen gekennzeichnete Sonderlage des Unternehmers, insbesondere des Altunternehmers im Linienverkehr, nicht berücksichtigt, und er dem Unternehmer keine Rechtsansprüche auf Verlängerung einer abgelaufenen Genehmigung

- - - -

1) Held, aaO, S. 37.

verschafft, andererseits diese Sachlage unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht eine angemessene Berücksichtigung im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Verkehrsinteresses erfordert¹⁾, so kommt doch unter der Geltung des Personenbeförderungsgesetzes eine Enteignung nicht in Betracht²⁾. Denn ob und in welchem Umfang ein Anspruch auf Erteilung einer neuen Genehmigung bestehen soll, kann der Gesetzgeber frei bestimmen, da durch die neuen gesetzlichen Bestimmungen die inzwischen erloschenen Genehmigungen überhaupt nicht berührt werden.

In einem solchen Stadium wäre selbst eine an sich bei objektiver Betrachtung ungerechtfertigte Bevorzugung der öffentlichen Körperschaften als Verkehrsträger keine Beeinträchtigung des Unternehmers im Sinne einer Enteignung³⁾, da eine Genehmigung nicht mehr vorhanden ist.

Daraus folgt, daß Maßnahmen auf Grund eines neu inkraftgetretenen Gesetzes, das besondere, bis dahin nicht vorgesehene Bedingungen für die Erteilung einer Genehmigung aufstellt, dann überhaupt keine Beeinträchtigung, geschweige denn eine Enteignung beinhalten, wenn der Gesetzgeber dem Genehmigungsinhaber für die Erlaubnis eine bestimmte Laufzeit einräumt und die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Berechtigungen auslaufen, weil diese Rechte nunmehr nicht mehr existent sind.

Ein enteignungsgleicher Eingriff ist nach gesetzlich vorgesehenem Fristablauf nicht möglich.

- - - - -

1) Urteil d. OVG Koblenz v. 20.2.1956, NJW 1957, S. 117.

2) Peters, Rechtsgutachten zum Entwurf eines Personenbeförderungsgesetzes v. 12.10.1954, S. 14.

3) A.A.Held, aaO, S. 27.

c) Beeinträchtigung der Genehmigungen durch Längen- und Gewichtsbeschränkungen der Kraftfahrzeuge

Die Längen- und Gewichtsbeschränkung der Lastkraftwagen bedeutet eine Beeinträchtigung des Genehmigungsinhabers, die fühlbare finanzielle Verluste zur Folge haben kann.

Durch die Verordnung zur Änderung der Straßenverkehrszulassungsordnung (Abmessungen und Gewichte) vom 21.3.1956 (BGBl. I S. 127) waren die Abmessungen und Gewichte der Lastkraftwagen mit einer bestimmten Auslaufrist für gewisse Längen und Gewichte geregelt worden (§§ 32, 72 StVZO).

Die Neuregelung erfolgte, um die Kraftfahrzeuge den deutschen Straßenverkehrsbedürfnissen und der Sicherheit des Verkehrs anzupassen. Diesen öffentlichen Belangen standen die privaten Interessen der Unternehmen entgegen. Der Streit um die Beschränkungen führte dazu, daß der Gesetzgeber den Beförderungsunternehmen jeweils Auslaufristen zubilligte¹⁾.

Gerade durch die Gewährung der Auslaufrist bringt auch der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß mit diesen im öffentlichen Interesse stehenden Maßnahmen eine Beeinträchtigung des Unternehmers verknüpft ist und daß er eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Deshalb hat der Gesetzgeber bestimmt, daß für die auf Grund des Güterkraftverkehrsgesetzes oder des Personenbeförderungsgesetzes erteilten Genehmigungen die Änderung des § 32 für das genehmigte Fahrzeug erst nach Ablauf der z. Zt. des Inkrafttretens der Änderungsverordnung bestehenden Genehmigung gilt.

Daraus könnte man folgern, daß der Gesetzgeber davon ausging, die sofortige Längen- und Gewichtsbeschränkung beinhalte eine Enteignung, und um einer Entschädigungswelle zu begegnen, habe er die Auslaufrist festgelegt.

- - - - -

1) § 32 StVZO ist neu gefaßt durch Verordnung vom 23. April 1965 und beinhaltet vornehmlich Vergünstigungen für die Unternehmer - sogen. Europa-Maße.

Das ergibt auch eine genauere rechtliche Prüfung:

Durch die im Personenbeförderungsgewerbe und im Güterkraftverkehr erteilte Betriebserlaubnis ist der Inhaber gehalten, bestimmte, der Genehmigung entsprechende Aufwendungen zu machen, um die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Ausübung seines Gewerbes zu schaffen. Die Anschaffung der Fahrzeuge und des sonstigen betriebsnotwendigen Inventars geschieht im Vertrauen auf eine ungestörte Nutzung der Verkehrsbetriebserlaubnis. Die Festsetzung einer Laufzeit für die Genehmigung soll dem Inhaber dabei die Garantie für eine entsprechend der erteilten Erlaubnis uneingeschränkte Ausübung des Gewerbes gewähren.

Die Beschränkung der Länge und des Gewichts der Fahrzeuge vor Ablauf der erteilten Genehmigung würde eine vorzeitige Unverwendbarkeit oder Minderverwendbarkeit der betroffenen Fahrzeuge herbeiführen, die zu großen finanziellen Einbußen führen müßte.

Diese Beeinträchtigung wäre ein mit dem Wesen der erteilten Verkehrsbetriebserlaubnis nicht zu vereinbarender Eingriff, der die Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsunternehmen im Vergleich zu den anderen Verkehrsteilnehmern ungleich träfe und sie zu einem besonderen Opfer zwänge. Es mag dabei durchaus erforderlich sein, diese Maßnahmen aus öffentlichen Gründen, insbesondere aus Verkehrssicherheitsgründen, durchzuführen. Der Staat wäre jedoch nicht berechtigt, eine bestimmte Gruppe von Verkehrsteilnehmern ungleichmäßig zu belasten¹⁾.

Die Gewichts- und Längenbeschränkung auf Grund der §§ 32 und 72 StVZO - also nach Beendigung der Auslaufrist -

- - - - -

1) Es versteht sich, daß, da eine Enteignung in den Fällen der Gewichts- und Längenbeschränkung vor Fristablauf vorliegen würde, die Verordnung eine Entschädigungsregelung hätte enthalten müssen (Junktim-Klausel).

kann keine enteignende Maßnahme sein, weil das durch die gesetzliche Beschränkung zu beeinträchtigende Recht gar nicht mehr besteht. Eine Beeinträchtigung des Rechtes ist deshalb nicht mehr möglich, da die Verordnung es vermeidet, in speziell durch Verwaltungsakte begründete Rechtspositionen einzugreifen¹⁾.

d) Beeinträchtigung der Genehmigungen durch polizeiliche Maßnahmen gegen den Unternehmer

Schließlich sind auch jene beschränkenden Eingriffe von der Entschädigungspflicht ausgeschlossen, zu denen der Betroffene oder die Beschaffenheit des Eigentumsobjektes selbst Veranlassung gegeben haben. Allgemein gilt der Grundsatz, wer eine gegenüber der Verwaltung bestehende Pflicht verletzt, hat keinen Anspruch auf Entschädigung²⁾. Das gilt auch für den Bereich der Enteignung. Da das Eigentum durch die polizeilichen Anordnungen inhaltsbegrenzt ist (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), kommt eine Entschädigung für polizeiliche Maßnahmen weder aus dem Gesichtspunkt der Enteignung noch des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht³⁾.

- - - - -

- 1) Nach Scheuner, Der Güterfernverkehr, 1956, S. 212, handelt es sich nicht um die Beeinträchtigung des Rechtes an sich, sondern diese liegt in der Relation zu vorangegangenen wirtschaftlichen Anordnungen des Gesetzgebers. In der vorzeitigen Herbeiführung von Unverwendbarkeit oder Minderverwendbarkeit der betroffenen Fahrzeuge sieht er einen Eingriff in die Nutzungsdisposition des Eigentums an sich und darin kann eine Nutzungsbeschränkung im Sinne einer Enteignung liegen.
- 2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1961, S. 305.
- 3) OLG Celle DVBl. 1958, S. 549;
Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, S. 475.

Anders verhält es sich dagegen beim polizeilichen Notstand. Sofern der Verkehrsunternehmer als Nichtstörer zur Gefahrenabwehr herangezogen wird, erwächst ihm ein Entschädigungsanspruch aus dem Aufopferungsgrundsatz, wie er in den einzelnen Landespolizeigesetzen seinen Niederschlag gefunden hat. Hierher gehört auch die Inanspruchnahme des Verkehrsunternehmens beim öffentlichen Notstand, wie beispielsweise im Katastrophenfall oder wenn im Falle des öffentlichen Notstandes eine vorübergehende Sperrung in der Ausübung des Verkehrsgewerbes eintritt. Der Staat ist dann zur Entschädigung verpflichtet. Besonders gesetzlich geregelt ist die Entschädigung bei Inanspruchnahme eines Verkehrsunternehmens im Falle des Staatsnotstandes (§ 2 Abs. 1 Ziff. 9 in Verbindung mit § 49 ff BLG).

IV. Aufhebung und Beeinträchtigung der gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis allgemein

Was bezüglich der Enteignung der Betriebserlaubnis gesagt wurde, gilt in gleichem Maße allgemein für die gemischt persönliche und dingliche Gewerbeerlaubnis. Die Enteignungsfähigkeit dieser Arten der Gewerbeerlaubnis wurde hier bereits mit der Literatur gegen die Rechtsprechung bejaht¹⁾. Hinsichtlich der Aufhebung und Beeinträchtigung dieser Betriebserlaubnis im Sinne einer Enteignung kann deshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Enteignung von Gewerbegenehmigungen verwiesen werden.

Es bedarf hier lediglich noch des besonderen Hinweises, daß der Widerruf der Gewerbegenehmigungen nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Verwaltungsrechtes²⁾ durchgeführt werden kann, die jedoch auch nur eine Eigentumsbindung im

- - - - -
1) Vgl. S. 108 u. 109.

2) Diese Grundsätze sind für die Betriebserlaubnis ohne Bedeutung, da ihre Rücknahme nur auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen erfolgen kann, die ausschließlichen Charakter haben.

Sinne des Art. 14 GG hervorrufen, da diese Widerrufsmöglichkeiten den gewöhnlichen Gewerbe genehmigungen allgemein innewohnen.

Teil C: Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung

Die Übertragung der Verkehrsbetriebsgenehmigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz und dem Güterkraftverkehrsgesetz bedeutet für den Genehmigungsinhaber mit Ausnahme der Erteilung einer Erlaubnis zum allgemeinen Güternahverkehr die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts.

Auf ihrer Grundlage entwickelt der Genehmigungsinhaber durch den Einsatz von Kapital und Arbeitsleistung seinen Verkehrsgewerbebetrieb, der eine Existenz- und Lebensgrundlage bildet.

Die aus der Verkehrsbetriebserlaubnis entwickelte Vermögensstellung und errichtete öffentlich-rechtliche Rechtsposition genießen nach allseitiger Auffassung den Eigentumsschutz des Art. 14 GG. Der Bundesgerichtshof erstreckt den umfassenden Eigentumsschutz auf diese Rechtsstellung des Verkehrsunternehmens.

Die durch Arbeitsleistung und Kapitaleinsatz auf Grund der Verkehrsbetriebserlaubnis errichtete Rechts- und Sachgesamtheit des Verkehrsunternehmens ist gleichfalls eine öffentliche Rechtsposition, die jene eigentumsbildenden Merkmale in sich vereinigt, die nach der differenzierenden Methode des Bundesverfassungsgerichts, des Bundessozialgerichts und der herrschenden Lehre erforderlich sind, um sie als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen.

Die gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbe genehmigungen, bei denen es sich um persönliche Gewerbe genehmigungen mit dinglichen Merkmalen im Sinne einer dinglichen Gewerbe erlaubnis handelt, beinhalten kein subjektives öffentliches Recht, sondern bedeuten für den Inhaber lediglich die konkrete Befreiung von

einem gesetzlichen Verbot.

Sie genießen wegen ihres rechtlichen Gehalts gegenüber dem subjektiv öffentlichen Recht nach der Rechtsprechung keinen verfassungsmäßigen **Eigentumsschutz**.

Ein großer Teil des Schrifttums, dem hier gefolgt wurde, erstreckt den Eigentumsschutz des Art. 14 GG auf die Sach- und Rechtsgesamtheit, die der Genehmigungsinhaber aus der Gewerbeerlaubnis durch Einsatz von Kapital und Arbeitsleistung (ins Werk gesetzt) zu einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gebildet hat.

Es hängt von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und des Enteignungsrechts ab, ob die Aufhebung oder Beeinträchtigung einer Verkehrsbetriebserlaubnis oder allgemein einer gemischt persönlichen und dinglichen Gewerbeerlaubnis eine entschädigungspflichtige rechtmäßige Enteignung, einen rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff oder eine entschädigungslose Eigentumsbindung bewirkt.

Im Rahmen dieser Untersuchung konnte nur auf diese allgemeinen von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Grundsätze Bezug genommen und an Hand einer umfassenden Kasuistik die Enteignung von Verkehrsbetriebsgenehmigungen durchgeprüft werden.

Die bei diesen Untersuchungen gefundenen Maßstäbe und erzielten Ergebnisse sind auf die Enteignungsmöglichkeiten bei der Aufhebung und Beeinträchtigung gemischt persönlicher und dinglicher Gewerbe genehmigungen zu übertragen und anzuwenden.

Lebenslauf

Am 12. Dezember 1931 wurde ich als Sohn des Tischlers Gerrit Terwey in Schüttorf, Landkreis Grafschaft Bentheim, geboren. Nach der Volksschule besuchte ich zwei Jahre lang die Mittelschule in Schüttorf und wechselte dann über auf das Gymnasium in Nordhorn, an dem ich 1951 die Reifeprüfung bestand.

An der Universität in Münster studierte ich Staats- und Rechtswissenschaften und legte 1955 die erste juristische Staatsprüfung ab. Die Referendarausbildung schloß ich 1959 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

Nach einer kurzfristigen Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt und Notar trat ich 1961 in die Landeskulturverwaltung des Landes Niedersachsen ein, bei der ich 1963 zum Regierungsrat und 1964 zum Stellvertretenden Kulturamtsvorsteher ernannt wurde. Am 1. Januar 1967 trat ich als Kreisoberrechtsrat in den Dienst des Landkreises Grafschaft Bentheim in Nordhorn ein, der mich zum 1. Oktober 1967 in das Amt des Oberkreisdirektors berief.

